

Università degli Studi di Napoli Federico II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXXI CICLO**

**TESI DI DOTTORATO
IN
DIRITTO COSTITUZIONALE**

**Dialogo tra le corti come matrice formalizzata di
un nuovo diritto europeo**

Tutor
Chia.mo Prof. Sandro Staiano

Candidata
Dott.ssa Alessandra Troncone
Matr. DR 992294

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

IL DIALOGO TRA LE CORTI COME MATRICE FORMALIZZATA DI UN NUOVO DIRITTO EUROPEO

I N D I C E

I n t r o d u z i o n e

- CAPITOLO I -

FONDAMENTI NORMATIVI E LIMITI SOVRANAZIONALI DELLE FONTI

- Par. 1. - Il ruolo delle fonti sovranazionali dopo i Trattati e le Convenzioni europee
- Par. 2. - Alle radici storiche del diritto nel continente europeo del dopoguerra. I diritti umani come valore fondante delle nuove democrazie continentali
- Par. 3. - Il caso dell'ordinamento italiano: il II comma dell'art. 1 Cost. e il principio di sovranità nazionale
- Par. 3.1 - La "limitazione controllata o condizionata" delle nuove fonti secondo i canoni introdotti dagli artt. 10 e 117 Cost.
- Par. 3.2 - Il fenomeno delle norme interposte
- Par. 4. - Natura e funzione dei "vincoli" derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli "obblighi" internazionali

- CAPITOLO II -

LA PORTATA DEL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE

- Par. 1. - I rischi di una deriva: dal dialogo al conflitto tra le identità nazionali?
- Par. 2. - I nodi del dialogo giurisprudenziale per la mancata armonizzazione

degli scopi tra politica e diritto. Il prevalere degli interessi economici finanziari dell'Unione europea

Par. 3. - La ricerca di omogeneità normativa e di coerenza sistematica in una comune regolamentazione continentale

Par. 4. - Ragioni e conseguenze dell'assenza di fonti legislative (in senso proprio) europee. Il rischio di una espansione incontrollata del ruolo del giudice

Par. 5. - Aspetti problematici della produzione della normazione europea.

Par. 6. - La *giurisprudenza costituzionale* come controllo sulla legge; la *giurisprudenza convenzionale* come garanzia dei diritti

- CAPITOLO III -

LE INCERTE PROSPETTIVE DI UNA NUOVA LEGALITÀ

Par. 1. - La produzione giurisprudenziale del diritto sovranazionale: gli artt. 6 e 7 della CEDU.

Par. 1.1- Il caso "Contrada" e la stratificazione giurisprudenziale del c.d. "concorso esterno". Il valore del precedente consolidato

Par. 2. - I rapporti tra le sentenze Corte EDU e giurisdizioni interne

Par. 3. - I Profili di un possibile conflitto tra il diritto dell'Unione europea e identità nazionale italiana

Par. 4. - Il vincolo di rispetto delle decisioni Corte EDU imposto al giudice nazionale

Par. 5. - Brevi note di diritto comparato. I rimedi esistenti negli altri Stati

Par. 6. - I rimedi per disinnescare i conflitti tra le Corti. Questione di legittimità Costituzionale e rinvio pregiudiziale

- CAPITOLO IV -

VERSO SOLUZIONI NEGOZiate DI UNIFORMITÀ NORMATIVA ALLA RICERCA DI UN METODO

- Par. 1. - La crisi del principio di stretta legalità e di riserva di legge in materia penale
- Par. 2. - Il dialogo tra Corti in materia penale e sui settori normativi in cui si concentra la tutela dei diritti fondamentali
- Par. 3. - Difesa della sovranità nazionale e “controlimiti”
- Par. 4. - Prove di “dialogo”. La sentenza Torreggiani
- Par. 5. - Una proposta interpretativa: il conflitto tra le Corti come ricerca strategica di nuovi equilibri attraverso un costante dialogo
- Par. 6. - Il caso Taricco come punto di innesco del più alto conflitto tra le Corti
- Par. 6.1 - La legislazione italiana sulla prescrizione del reato
- Par. 6.2 - Il rinvio pregiudiziale per disinnescare il conflitto alla ricerca di un dialogo
- Par. 7. - Prove di una nuova legalità: verso il superamento della riserva di legge?

INTRODUZIONE

Il presente lavoro affronta un nodo tipico della modernità costituito da scenari giuridici che mutano e con essi gli equilibri consolidati tra le Istituzioni continentali, ma soprattutto la metamorfosi dei rapporti di forza gerarchica tra norme appartenenti a contesti giuridici diversi.

Le relazioni instaurate tra gli Stati nazionali del continente europeo dal dopoguerra ad oggi hanno, prima di ogni altra cosa, contribuito a garantire la pace e, subito dopo di essa, la necessità di stabilire relazioni economiche e commerciali che stabilizzassero la convivenza tra i popoli europei per aprirli a relazioni politiche e giuridiche nuove e moderne.

La nascita delle Comunità europee, l'avvento successivo dell'Unione europea hanno dato vita un ordinamento giuridico nuovo e per molti versi inedito rispetto alla tradizionale impostazione degli ordinamenti dei singoli Stati membri. L'integrazione economica e finanziaria ha poi ceduto il passo all'integrazione politica e con essa alla nascita di un sistema normativo, anche se non razionalmente e puntualmente progettato, di stampo comune. Il limite di questo nuovo ordine giuridico è rappresentato, però, dall'assenza di criteri o principi guida, in grado di assicurare quella uniformità normativa che avrebbe potuto trarre la sua solidità dall'adozione di una Carta costituzionale europea.

In assenza di un Patto fondante si è imposto, da un lato il diritto dell'Unione attraverso i Trattati, dall'altro il diritto convenzionale attraverso la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Entrambi i nuovi presidi normativi fondamentali e comuni hanno espresso un proprio ed autonomo sistema di controllo attraverso le Corti, quella dei Trattati a tutela del diritto eurounitario e quella della Corte EDU a tutela delle norme della Convenzione.

Anche in questi casi, tuttavia, sono mancate le definizioni dei livelli gerarchici delle decisioni rese dalle Corti costituzionali interne preposte al controllo della disciplina legislativa nazionale.

Nel corso del lavoro si darà puntualmente conto dei rapporti normativi che si sono generati nel tempo e quale contributo questo nuovo e ampio assetto giuridico ha fornito a una nuova forma di legalità. Legalità che non è più ancorata e fondata sulla legge, manifestazione procedimentalizzata nella sede parlamentare della volontà popolare, ma che ha aperto il suo tradizionale ambito anche al diritto giurisprudenziale coniato dalla Corti.

Non è forse un caso che il sistema dei nuovi equilibri che si sta sviluppando con la definizione dell'ambito di questa nuova legalità venga analizzato proprio nella materia penale, quella cioè dove le tensioni tra i nuovi centri di produzione delle norme e di protezione dei diritti fondamentali trovano il loro limite abilitativo nella riserva di legge. In altri termini, il nostro sistema costituzionale è chiamato a misurarsi con un più ampio ventaglio di fonti del diritto che, sembra, possa ledere la compattezza dei principi di garanzia della materia penale e della salvaguardia dei diritti fondamentali della persona.

La ricerca dell'uniformità legislativa ispirata a principi fondanti comuni, oggi, determina la necessità di un fitto lavoro di interlocuzione istituzionale tra i Paesi membri della Comunità Europea, attraverso un dialogo tra i presidi di produzione normativa e le Corti che ne controllano la conformità ai valori.

I rapporti e i confronti che si sono sviluppati tra le Corti negli ultimi anni offrono il senso di un assetto inedito che faticosamente si sta tentando di raggiungere in termini di coerenza e di uniformità normativa.

Pertanto, il ruolo che il giudice sovranazionale svolge negli ultimi tempi sta progressivamente conducendo alla edificazione di una nuova fonte del diritto, inaspettata, ma certamente da osservare e sorvegliare attentamente per i possibili rischi del debordare del formante giurisprudenziale. Perso il ruolo di "applicatore" del diritto la giurisdizione europea evolve in una dimensione

interpretativa esegetica sempre più spinta, con il rischio di portarsi oltre l'ambito riservato alla legge.

In particolare, assumono valore paradigmatico gli interventi delle Corti in materia penale negli ultimi anni, settore ordinamentale in cui va garantito l'alto livello di garanzia e di protezione dei valori e dei diritti in gioco. Il fondamentale riferimento alla libertà personale, ad esempio, ha conferito importanza centrale ad ambiti normativi nei quali si è resa indispensabile l'opera della Corte costituzionale, al fine di stabilire i limiti d'intervento prescrittivo e fissare i parametri per riconoscere legittimazione operativa anche a fonti diverse da quelle legislative nazionali.

Il tema oggetto della presente ricerca è, infatti, quello di verificare la legittimazione di un vero e proprio sistema ordinamentale entrato a far parte dei principi che governano il nostro sistema penale. Proprio nel diritto penale, attraverso i casi emblematici che saranno esaminati, si comprenderà come un sistema di contenzioso, facendo il ricorso alla teoria dei "controlimiti" sia quello meno adeguato a risolvere i conflitti normativi.

Il nuovo auspicabile approdo è il ricorso a una prassi del tutto inedita nei rapporti tra le Corti superiori, sovranazionale e nazionali, l'apertura di un dialogo che eviti la controversia sin dal suo sorgere. La soluzione potrebbe essere rappresentata dal ricorso allo strumento del *rinvio pregiudiziale*, espediente normativo utile a disinnescare la contrapposizione metodologica tra le Corti.

Un punto fermo sembra insuperabile, la rigida difesa della sovranità nazionale non può passare attraverso la dinamica conflittuale dei rapporti fondati sui Trattati e le Convezioni, invece la cessione di parti di sovranità con il ricorso al dialogo costruttivo e alla scelta negoziata di soluzioni al caso da esaminare può essere garanzia di una nuova, condivisa e moderna sovranità.

- Capitolo I -

FONDAMENTI NORMATIVI E LIMITI SOVRANAZIONALI DELLE FONTI

Par. 1. - *Il ruolo delle fonti sovranazionali dopo i Trattati e le Convenzioni europee.*

Discutere oggi di protezione multilivello dei diritti fondamentali significa affrontare nodi problematici di portata generale per quanto concerne sia il ruolo del giudice nazionale sia quello del legislatore in questo particolare momento storico di trasfigurazione degli ordinamenti nazionali.

In realtà, nel tempo, sono state modificate le coordinate consuete dei sistemi giudiziari di protezione dei diritti delle persone, da una parte inserendo in maniera prepotente il controllo di legalità del giudice sulle leggi e, dall'altra, innestando nel tessuto normativo interno altre fonti produttive di importanti mutamenti delle coordinate di valore dei diritti stessi.

Questo inedito concorso di molteplici fonti nella produzione del diritto si presenta in controtendenza rispetto ai sistemi giuridici, tra cui il nostro, nel quale il principio di riserva di legge limita l'attività normativa del giudice, anche se non va trascurato il fatto che la mancanza di una *grund-norm*, una Costituzione continentale a monte, avrebbe agevolato il sorgere di un sistema di fonti coerenti e rispettoso del monopolio della legge in capo all'organo che rappresenta la volontà popolare. Lentamente, invece, il sistema giuridico europeo si apre alle coordinate tipiche di *law in action*, di matrice anglosassone, nella quale l'opera delle Corti costituisce una nuova e inedita fonte del diritto.

Sono diversi gli elementi che è necessario segnalare ai fini della presente indagine, volta a verificare la tenuta di un sistema di protezione giudiziaria dei diritti che vede nel giudice il soggetto che attua la legge e i principi fissati dalle Carte dei diritti, nazionali e sovranazionali, aventi natura precettiva:

l'interpretazione della Costituzione, il ruolo delle Corti sovranazionali e quello del giudice nazionale.

Rispetto al tema tradizionale dell'interpretazione della Costituzione e della sua specificità rispetto a quella che può riguardare altri testi normativi è chiaro che interpretare un principio costituzionale non equivale esattamente a interpretare una norma di rango ordinario, proprio perché nel primo caso il diritto per principi "... *presuppone un discorso assiologico*"¹. Dunque, ai principi si attribuisce una molteplice valenza e per questo hanno bisogno di essere *interpretati*², per poi diventare metro di valutazione delle leggi le quali, a loro volta, devono essere interpretate in modo conforme ai principi senza mai superare il contenuto di quegli stessi parametri da cui derivano, da qui il limite dell'interpretazione giudiziale³.

I principi costituzionali, c'è da dire, che sono generalmente e quasi naturalmente destinati a operare attraverso l'attuazione che di questi fa il legislatore. Ma visto il loro carattere precettivo non può escludersi che questa *attuazione*⁴, in caso di inerzia del legislatore, sia compiuta dal giudice, al quale non può dirsi competa unicamente il ruolo di mera applicazione del diritto⁵, connotandosi in maniera inconsueta l'attività del giudice in questi casi come propriamente "normativa", seppure con effetti circoscritti alla fattispecie in esame, siccome produttiva di regole legislativamente mancanti⁶.

¹ Un classico della letteratura sul tema, cui non è possibile non riferirsi, è TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980. GENTILI A., *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in *Giust.civ.*, 2014, pag. 47.

² MAZZARESE T., *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in A. Donati, A. Sassi (eds.), *Fondamenti etici del processo. Vol. 1 di Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009. GENTILI A., *L'interpretazione giuridica cit.*, pag. 56.

³ CONTI R.G., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011.

⁴ RUGGERI A., *Effetti diretti delle norme eurolunitarie e Costituzione*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti: XIX. Studi dell'anno 2015*, Torino, 2016.

⁵ LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisprudizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012.

⁶ RUGGERI A., *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in *Itinerari, Studi dell'anno 2015*.

Inoltre, il tema è reso ancor più complesso per effetto della “concorrenza” dei principi e dei valori provenienti da altre Carte che hanno a cuore la tutela dei diritti fondamentali e che, quindi, aggiungono materiale, anch’esso destinato a operazioni di interpretazione e di bilanciamento, capace di condizionare la portata della tutela costituzionale.

In questo modo, si giunge al nodo problematico dell’efficacia delle sentenze delle Corti sovranazionali che alle Carte dei diritti aggiungono, con frequenza ormai incessante, dinamicità, attualità, carattere *vivo*.

Sostanzialmente ci si continua a interrogare su quali siano gli effetti giuridici determinati dall’intrusione nel processo decisionale riservato al giudice nazionale di una pronuncia di una Corte sovranazionale che usa parametri normativi che in genere non sono in linea con quelli interni, ma il cui contenuto talvolta è sovrapponibile agli stessi e che può inserirsi all’interno di una controversia.

Il problema ritorna, quindi, sul versante del potere di interpretazione del giudice -comune e non-, chiedendosi se nell’interpretare le decisioni delle Corti dei diritti nazionali o sovranazionali esista un metro ordinante di stampo gerarchico formale o se a questo parametro debba sostituirsi altro meccanismo, alla base del quale, pertanto, non si pone un problema di primato fra l’interpretazione costituzionale, convenzionale o eurolunitaria, ma invece una questione di maggiore e più intensa tutela che può derivare dall’interpretazione di una delle Carte.

Il campo di indagine che si apre a questo punto è di tipo ermeneutico, visto che riguarda i rapporti tra le interpretazioni che competono al giudice nazionale, per l’un verso a contatto con i fatti e, per l’altro, chiamato a tener conto di Costituzioni, Carte sovranazionali, pronunce delle Corti (nazionali e non), fonti giuridiche.

Il quadro che si delinea spinge ad enfatizzare il carattere in sostanza “libero” dell’agire di un giudice sempre più protagonista, sempre più legislatore,

tanto da intravedere in questo agire senza regole seri pericoli per lo stesso ordine democratico.

Dopo aver evidenziato i nodi problematici è necessario qui orientare la riflessione sul ruolo giocato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nel sistema di protezione dei diritti interni, per capire se proprio la Corte EDU e il suo modo di operare abbia contribuito a conferire o riconoscere un nuovo ruolo al giudice, come si è detto. La questione che si pone è quella della concorrenza tra ordinamenti, interno e sovranazionale, tra i quali non è stabilito a priori un ordine gerarchico o di valore, chiamati invece entrambi ad operare sullo stesso terreno ma con strumenti di valutazione diversi.

Questa è la ragione per cui occorre comprendere il tipo di rapporto fra ordinamento interno e CEDU evidenziando alcune contraddizioni e incertezze che ancora appesantiscono il ruolo e il lavoro del giudice comune, per poi passare ad un'analisi casistica sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione tesa a verificare la linearità e la coerenza costituzionale del suo agire in materie e settori normativi particolarmente sensibili per la vita delle persone.

Risulta indispensabile riflettere, cosa che si farà più avanti, sulle due sentenze cc.dd. "gemelle", la n. 348 e la n. 349 del 2007 della Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento interno e CEDU per poi passare ad esaminare anche i rapporti fra giudice e legge e per come essi si vanno delineando ai nostri giorni⁷.

Il merito principale delle due sentenze appena ricordate è sicuramente quello di avere acceso i riflettori su un documento: la CEDU. In verità, prima di allora, non erano mancati i tentativi di valorizzare la Convenzione dei diritti dell'uomo all'interno delle fonti del diritto. Tra le più importanti, Corte cost. n.

⁷ RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012. CONTI R.G., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo cit.*, Più di recente DI STASI A., *I rapporti fra l'ordinamento e il sistema convenzionale*, in *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016. ZAGREBELKY V. - CHENAL R. - TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016.

388/1999⁸; Corte cost. n. 10/1999⁹; Cass. SS.UU., 23 novembre 1988, Polo Castro; Cass., Sez. I, 12 maggio 1993, Medrano; Cass. SS.UU. nn. 1348-1341/2004; Cass. SS.UU. n. 28507/2005, che, pur essendo pronunce autorevoli, sono state episodiche e poco desiderose di sistematizzare un tema considerato dai giuristi nazionali come pericoloso, perché potenzialmente capace di minare le fondamenta del nostro Stato di diritto.

Per esempio, è merito delle sentenze gemelle del 2007 l'inquadramento della CEDU fra le fonti del diritto, dato all'epoca di portata certamente dirompente per la rigorosa riserva di legalità, ma ormai definitivamente acquisito e fatto proprio dagli ordinamenti nazionali. Per quanto concerne il rango, le sentenze gemelle collocano la CEDU, resa esecutiva con legge dello Stato, su un gradino subito sottostante a quello sul quale si pone la Costituzione repubblicana, stabilendo una corsia interna tra i due scalini che consente alle due Carte, attraverso il parametro rappresentato dal rinnovato art. 117, I comma, Cost. ovvero dall'art. 10, I comma, Cost., di fare tra loro sistema nel caso in cui la norma convenzionale presentasse un contenuto meramente ricognitivo di una norma del diritto internazionale generale.

Questa posizione pone quindi la CEDU a diretto contatto con la nostra Carta fondamentale, consentendo alla fonte a quest'ultima sotto-ordinata di produrre comunque la sua efficacia sulla legge ordinaria su un duplice piano. Il primo piano, chiamato a garantire una incessante armonizzazione del diritto interno con la Convenzione, realizzata attraverso l'opera interpretativa del giudice -soprattutto comune-; ed il secondo rivolto, in caso di contrasto tra norma

⁸ CORTE COST. Sent. n. 388 del 22 ottobre 1999, in *Giur.cost.*, 1999, pag. 2997 con note di PINELLI C., *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, e di MONTANARI L., *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura. Osservazione a Sent. 22 ottobre 1999, n. 388*, in *Giur.cost.*, 1999.

⁹ CORTE COST. Sent. n. 10 del 10 gennaio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, pag. 1374. In dottrina, ZAGREBELKY V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro It.*, 2006.

interna e CEDU non superabile in via interpretativa, ad escludere dall'ordinamento la norma o la disposizione dal diritto positivo nazionale non conforme alla norma Convenzione.

C'è da dire che la ricostruzione stabilita alla luce delle sentenze gemelle del 2007 si è misurata con l'impatto concreto che questa avrebbe avuto sull'attività dei giudici nazionali ai quali si attribuiva un "obbligo" di interpretazione convenzionalmente orientata alimentato dalla giurisprudenza della Corte EDU, al cui rispetto il giudice interno era "vincolato". Rispetto al tema della vincolatività delle sentenze della Corte EDU¹⁰, si è delineata, nella giurisprudenza della Corte costituzionale una fase che ha consentito una delimitazione più accurata del campo d'applicazione della CEDU e d'altro lato una diminuzione dell'ampiezza della porta aperta sulla CEDU. Accade che la Corte costituzionale ha fatto proprio in dato che in un sistema multilivello i gradi di tutela dei diritti possono essere vari, ma mette in chiaro che la presenza di più fonti (e giudici) nazionali e sovranazionali va direzionata verso la protezione maggiore di quegli stessi principi.

Sembra necessario, si è detto, sottolineare anche l'attenzione che la Corte costituzionale ha riconosciuto al concetto di "margine di apprezzamento", considerato come "limite" intrinseco all'operatività della norma CEDU. La Corte costituzionale si è orientata, peraltro, secondo il meccanismo del livello più alto di tutela verso la ricerca di soluzioni favorevoli al riconoscimento di un aumento della tutela dei diritti fondamentali rispetto alle decisioni del 2007.

Quindi, la Corte costituzionale chiarisce che la gerarchia fra CEDU e Costituzione e il "carattere sub-costituzionale" della prima si confermano anche all'interno delle operazioni interpretative che il giudice -comune e non- deve compiere quando vi è un problema di "conflitto" fra CEDU e Costituzione. Il

¹⁰ LAMARQUE E., *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, a cura di L. Cappuccio e E. Lamarque, Napoli, 2013.

giudice comune, quando si interroga sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, “... questo solo dubbio, in assenza di un “diritto consolidato”, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della Cedu, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale”¹¹.

Soltanto il diritto consolidato della CEDU, moderno canone di certezza del diritto, potrà comportare un sindacato di costituzionalità. Invece, se il diritto convenzionale non è consolidato, il giudice comune deve assumere su di sé un’opera di re-interpretazione del precedente in chiave costituzionale. La gerarchia tra le interpretazioni -costituzionale, convenzionale ed eurounitaria- rende necessario l’abbandono dell’interpretazione della giurisprudenza interna conforme a CEDU (non consolidata) -costituzionalmente illegittima- sostenendo, piuttosto, l’affermazione dell’interpretazione della norma interna sulla base della Costituzione.

Quindi, nei casi in cui non ci sono basi solide della giurisprudenza della Corte EDU la Corte costituzionale non può essere investita di nessun sindacato in via incidentale e il compito è affidato esclusivamente al giudice comune.

Il fatto che i principi di riferimento, di matrice costituzionale e convenzionale o eurounitari, non siano, in relazione a singoli casi, precisamente stabiliti, non impedisce l’emersione delle regole da parte del giudice, anzi, l’elasticità dei questi canoni consente al meglio di adeguarne il significato ai singoli casi della vita, in definitiva, rendendoli coerenti con le trasformazioni sociali verificate. Emerge, in tal modo, un’immagine della giurisdizione nazionale, costituzionale e non, costantemente *in progress* perché chiamata a misurarsi e a dialogare continuamente con le altre Corti sovranazionali.

¹¹ CORTE COST. Sent. n. 49 del 26 marzo 2015, in www.cortecostituzionale.it. RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2015.

Guardando alla situazione odierna è possibile capire che questa è l'epoca in cui è evidente la tendenza alla flessibilizzazione delle tutele. Il fatto che sia mutato il ruolo del giudice comune e di ultima istanza che ne ha formato il giudicato mette in evidenza episodi di "*cessioni di supremazia*" in favore delle Corti sovranazionali.

Si tratta di una costante opera di riconformazione, riformulazione della giurisprudenza alle istanze provenienti dal diritto sovranazionale che mette in chiaro il carattere di un diritto giurisprudenziale interno che in realtà supera ampiamente il recinto nazionale generando processi di concretizzazione dei diritti destinati ad entrare nell'ambito del diritto internazionale e dunque ad "*internazionalizzarsi*"¹². Tale prospettiva, consente di rimodulare e rivitalizzare il principio di sussidiarietà posto alla base del sistema CEDU, nel senso che quest'ultimo investe, in modo deciso, l'opera del giudice nazionale, dandogli importanti strumenti di dialogo ai fini di una più efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali.

Il cambio delle coordinate dovuto all'avvento del diritto di matrice sovranazionale rende perciò evidente anche il cambio di prospettiva della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, ormai "giuridicamente obbligata" a garantire anche l'uniforme interpretazione della legge come reinterpretata alla luce della CEDU, dei trattati internazionali e del diritto di matrice eurounitaria.

Resta la necessità che l'attività di garanzia sul piano costituzionale, convenzionale e del rispetto del diritto eurounitario, assicurata dalle giurisdizioni interne, si mantenga all'interno della cornice costituzionale, senza alterarla e senza sostituirsi agli organi di direzione politica. In nessun modo va

¹² RUGGERI A., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2014, rinviando in particolare al paragrafo dedicato alle *mutazioni genetiche* della funzione giurisdizionale.

modificato il modello che lascia comunque al legislatore il compito e il potere di introdurre la regola e al giudice la sua applicazione concreta.

Dunque, va osservato favorevolmente un sistema nel quale il giudice possa esercitare le funzioni decisorie sulla base di modelli normativi minimi, in modo tale che grazie alla sua attività sia capace di offrire la miglior tutela possibile alla persona, in relazione al complesso di interessi, valori e principi oggetto del suo esame e che sembrano “nelle loro singolarità irriducibili”, per fare in modo che il giudice non possa rimanere paralizzato dall’assenza di normazione mancando un ruolo di creazione del diritto.

Del resto, è necessario sottolineare che le forme di tutela, di natura processuale e sostanziale, provenienti dalla CEDU vanno conosciute e correttamente applicate, perché è l’ordinamento nazionale ad imporre il rispetto delle regole convenzionali provenienti da Strasburgo. In tal senso, non c’è “libertà” da parte dell’operatore, ma c’è una doverosità che va, peraltro, non solo bene compresa nei suoi contenuti, ma soprattutto accettata nella prospettiva della migliore e più ampia tutela possibile dei diritti fondamentali che trovano matrice nella Convenzione.

L’idea di investire in maniera completa sull’acquisizione delle conoscenze sulle fonti sovranazionali, sulle loro dinamiche, sulle loro “regole” è, probabilmente, il miglior modo non solo per realizzare una diffusione di tale diritto nuovo, ma anche di garantire, gradualmente, risposte giudiziali che tendano ad essere sempre meno imprevedibili proprio perchè improntate al rigido rispetto del metodo al quale si è fatto menzione. I pericoli di arbitrio e di soggettivismo connessi ad alcuni indirizzi giurisprudenziali ai quali la dottrina fa spesso riferimento si vincono, dunque, con risposte giudiziarie all’altezza della complessità dei problemi¹³.

¹³ VERDE G., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Esi, Napoli, 2012.

Diventa essenziale che da parte del giudice nazionale ci sia professionalità, competenza rispetto delle fonti sovranazionali e dei diritti fondamentali, in buona sostanza etica del ruolo, al fine di evitare una scivolosa deriva verso forme di autoritarismo giudiziario. In fondo la nostra tradizione nazionale ci dice che la figura del giudice custode dei diritti umani è il frutto di un processo di costituzionalizzazione del diritto reso concreto dalla Corte costituzionale¹⁴. Ciò non significa espropriare la funzione legislativa delle sue prerogative, anzi¹⁵. Proprio la (tendenziale) assenza del vincolo del precedente giurisprudenziale impone alla normazione di fare la propria parte, tracciando la cornice entro la quale gli indirizzi giurisprudenziali hanno quindi modo di affermarsi e svolgersi¹⁶.

Nel tempo si è constatato che i giudici nazionali e sovranazionali dimostrano sempre di più di essere capaci di instaurare un proficuo dialogo, superando le lacune relazionali che i due ordinamenti non sono stati in grado di tessere e garantire¹⁷.

Vedremo che in questa prospettiva collaborativa il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e la possibilità di chiedere, da parte delle Alte giurisdizioni nazionali, un parere (anche se non vincolante) alla Grande Camera della Corte dei diritti umani sull'interpretazione della CEDU secondo il Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione, rappresentano gli opportuni meccanismi in grado di ridurre i contrasti, pur senza eliminarli completamente.

Vi è un rapporto di complementarietà fra giudice interno e giudice di Strasburgo che si fonda sulla scelta del giudice nazionale il quale non intende né

¹⁴ PINARDI R., *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, IV, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009.

¹⁵ LUCCIOLI G., *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Forum editrice, Udine, 2016.

¹⁶ RUGGERI A., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.federalismi.it, 20 maggio 2009.

¹⁷ RUGGERI A., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in www.consultaonline.it, 5 febbraio 2015.

elidere le prerogative né travolgere l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In definitiva, occorre guardare alle fonti sovranazionali, indagando sul pluralismo delle fonti e sulle loro sempre più evidenti interconnessioni, grazie alle quali si è reso possibile, nell'ordinamento interno, il raggiungimento progressivo di *standards* di tutela della persona e dei suoi valori inimmaginabili nel passato.

Par. 2. - *Alle radici storiche del diritto nel continente europeo del dopoguerra. I diritti umani come valore fondante delle nuove democrazie continentali.*

Il dopoguerra consegna al continente europeo un nuovo ordine di valori, primo fra tutti la democrazia costituzionale e parlamentare su cui costruire il futuro assetto dei rapporti politici e giuridici tra gli Stati nazionali. Il momento di avvio viene consacrato con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvata il 10 dicembre 1948.

Dopo gli orrori dei campi di sterminio e la stagione dei sistemi politici totalitari che avevano governato il continente, avvilendo la persona umana ridotta a semplice strumento operativo nelle mani di uno Stato dispotico e sovrano, i diritti dell'uomo diventavano la nuova sponda di valore cui ancorare i fondamenti culturali delle future democrazie costituzionali¹⁸.

I diritti umani sono in realtà i diritti che fanno parte del patrimonio naturale di ogni essere umano. Sono i diritti fondamentali, universali, inviolabili e indisponibili di ogni persona. I diritti umani sono fondamentali in quanto corrispondono ai bisogni vitali, spirituali e materiali della persona. Per questa

¹⁸ OLIVI B., *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea 1948-2000*, Il Mulino, Bologna 2001. MAMMARELLA G. - CACACE P., *Storia e politica dell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari 2003.

loro natura così essenziale sono i diritti della persona alle libertà fondamentali civili, politiche, sociali, economiche e culturali.

In altri termini i diritti umani sono universali perché appartengono ad ogni essere umano per il solo fatto di essere tale, senza distinzione di razza, di colore di pelle, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione¹⁹. I diritti umani sono inviolabili in quanto sono i diritti di cui nessun essere umano può essere privato, perché sono parte del patrimonio genetico e costitutivo della legislazione fondamentale. I diritti umani sono indisponibili, non negoziabili, perché sono i diritti cui nessuno può rinunciare neppure volontariamente²⁰.

Visto il riconoscimento dell'importanza di tali diritti, nel tempo si è avviato un percorso di integrazione degli stessi che ormai dilaga in pieno negli ordinamenti nazionali, con tutti i pro e i contro che questo comporta, sia in termini di risanamento delle economie nazionali sia, all'opposto, in termini di dislocazione verso l'altro delle scelte politiche che hanno costituito per secoli il cuore della sovranità statale²¹.

Per lungo tempo si è discusso sulla costituzionalizzazione del continente per creare a tutti gli effetti un sistema omogeneo di fonti e di diritti coerente con la crescente integrazione economica e monetaria²². È utile e importante, dunque, osservare quanto viene fatto nelle sedi europee sulla tutela dei diritti in generale e dei diritti umani in particolare.

Non a caso il Trattato di Lisbona, entrato in vigore alla fine del 2009, presenta tra le molte novità recepite, anche la costituzionalizzazione della Carta di Nizza, punto di riferimento della tutela dei diritti dei cittadini europei. Infatti,

¹⁹ FERRAJOLI L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018.

²⁰ FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, I ed., 2001, riedito nel 2008, ove accanto alle tesi di Ferrajoli figurano importanti contributi critici. Infine, importante è il riferimento al recente saggio sempre di FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 Voll., Roma-Bari, Laterza, 2007.

²¹ STAIANO S., *Diritti e confini nell'Europa nella crisi*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, pag. 2341.

²² MAGGIORANI M., *La sfida dell'Unione. Storia economia e culture dell'Europa unita*, Minerva Edizioni, Bologna, 2004.

è conforme alla lettera dei Trattati fare riferimento a questo documento per garantire diritti e interessi da parte della Corte di Giustizia.

Le politiche dell'Unione nel settore dei diritti hanno avuto a Lisbona ampio spazio, come emerge chiaramente dalla Comunicazione della Commissione del 19 ottobre 2010 (*COM (2010) 573 final*) sulla strategia per l'implementazione di diritti fondamentali da parte dell'Unione europea nel nuovo contesto giuridico creato dal Trattato di Lisbona²³. Un tale contesto, oltre ad attribuire forza vincolante alla Carta, prevede l'obbligo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e l'inserimento delle politiche di promozione dei diritti fondamentali nell'area Giustizia, Libertà e Sicurezza, garantite dalla presenza di un membro della Commissione con responsabilità specifica per l'area stessa. Adesso la Corte di Giustizia ha completa facoltà di intervenire in questi campi, siccome è stata prevista la rimozione della struttura a pilastri dell'Unione.

Da quanto detto fino ad ora appare chiaro che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta il cuore dell'azione interna ed estera dell'Unione. Da tempo, ormai, la tutela dei diritti umani è stato un tema importante e sentito dalle politiche europee. A ragione di quanto detto, basti ricordare che, i diritti umani e l'assetto della democrazia rappresentano i valori fondanti dell'Unione e molte, quindi, sono le azioni che vengono intraprese sia sul piano interno sia su quello internazionale, dall'impegno europeo contro la pena di morte, la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, alla lotta contro le discriminazioni verso donne, bambini, minoranze etniche, disabili ecc.; anche sulla base di documenti specifici adottati in materia di diritti umani e sul diritto umanitario internazionale e anche tramite dialoghi specializzati sui diritti umani che vengono realizzati con paesi terzi con cui vengono conclusi accordi²⁴.

²³ AA.Vv., *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, in A. Lucarelli - A. Patroni Griffi (a cura di), ESI, Napoli, 2010.

²⁴ Si veda ad esempio gli "Orientamenti" in materia pubblicati in Gazzetta Ufficiale C 303 del 15 dicembre 2009.

Se questi sono i tratti fondamentali della politica europea in materia di diritti umani, non meno importanti sono state le decisioni dei tribunali europei su questi temi.

In merito alla dettagliata casistica appare molto rilevante l'attività della Corte di Strasburgo che, come è noto, riesce ad emanare circa 1500 sentenze l'anno. Uno sguardo ai principali dati statistici può aiutare a comprendere la mole e il tipo di lavoro svolto in questa sede. E, invero, nel 2011 le cinque sezioni e la Grande Camera hanno deciso 46.881 ricorsi, tra decisioni e sentenze, emettendo 1.389 sentenze e 45.492 decisioni. La Grande Camera ha emesso 13 sentenze. Sono a oggi pendenti avanti la Corte europea dei diritti dell'uomo 152.800 cause, l'8,8% delle quali proposte dall'Italia.

Rispetto ai contenuti delle sentenze, vista il numero considerevole, vari casi possono essere considerati interessanti soprattutto in rapporto alle politiche dell'Unione. Le decisioni dei tribunali, sembra infatti, si ripartiscano il campo delle forme di tutela da riservare ai diritti fondamentali, essendo le une volte a promuovere la cultura dei diritti, l'attuazione di scelte che non siano discriminatorie, l'effettività della tutela; le seconde volte a rimediare a violazioni gravi.

D'altra parte si registra sempre con maggiore diffusione tra i giuristi la riflessione sui diritti fondamentali nelle democrazie pluraliste, sui processi di integrazione globale del mercato e della comunicazione, anche oggetto di studio per filosofi del diritto e costituzionalisti, nella prospettiva di un "cosmopolitismo costituzionale"²⁵.

Il problema dei diritti, vista la loro centralità, investe totalmente, non solo i profili che riguardano la costruzione dell'ordinamento giuridico, ma anche la dimensione giuridico-istituzionale dello stesso. Difatti, basti pensare che dietro

²⁵ PINTORE A., *Diritti insaziabili*, in *Diritti fondamentali*, L. Ferrajoli (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2008, pag. 180.

la tutela dei diritti ci sono i valori che ciascun ordinamento democratico pone come fondamento di sé e della propria legittimazione.

Dal punto di vista storico l'affermazione di un catalogo di diritti e della loro garanzia, rappresenta il nucleo fondamentale del costituzionalismo moderno. Così, si radica una particolare sensibilità per l'esigenza di una loro tutela in sede giurisdizionale. A dimostrazione di ciò, come già si è detto, furono adottati anche alcuni importanti documenti normativi a livello sovranazionale e internazionale, tra i quali la Carta delle Nazioni Unite del 1945, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, i più recenti Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, e infine la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 e ora integrata nel progetto di costituzione europea, elaborato dalla Convenzione istituita a Laeken nel dicembre 2001 (ma non approvato nella Conferenza intergovernativa svoltasi a Roma nell'ottobre 2003), per citare solo gli esempi più importanti.

Si è reso evidente, in tal modo, l'avvento di un processo di costituzionalizzazione globale, estensivo cioè dei modelli culturali, giuridici e istituzionali e del paradigma dei diritti, dopo la Carta del 1948, imputabili nell'ordinamento internazionale anche agli individui e non più soltanto agli Stati, diventando lo strumento essenziale di questa trasformazione. Ci si chiede però se si tratti di una forma di miglioramento delle condizioni generali dei cittadini o se sia solo un'altra forma di eurocentrismo. Certo è che il paradigma dei diritti può essere uno strumento di un significativo progresso dell'assetto complessivo del pianeta globalizzato. In particolare, l'espressione "diritti fondamentali" è talvolta utilizzata in un senso generico e spesso è addirittura confusa e sovrapposta con quella di "diritti umani". Per il giuspositivista sono fondamentali quei diritti che, stabiliti dall'autorità competente secondo procedure previste in un determinato ordinamento giuridico, si pongono come

caratterizzati dal massimo grado di tutela, all'interno di quel sistema, attraverso un meccanismo di garanzia²⁶.

Come precedentemente si è detto, spesso si nota una tendenziale identificazione tra "diritti fondamentali" e "diritti umani", laddove questi ultimi, poiché sono riferibili a tutti i componenti il genere umano vivente, sono comunque inclusi tra i primi, ossia tutti i "diritti umani" dovrebbero anche essere intesi ovunque come "fondamentali". Di contro non sarebbe da considerare corretta l'identificazione inversa, poiché esistono "diritti fondamentali", considerati tali perché così qualificati in taluni contesti ordinamentali e non in altri, da qui l'assenza del carattere di universalità²⁷.

Recentemente è stato messo al centro della riflessione il tema dell'universalizzabilità dei diritti fondamentali, anche se sembra emergere un'ambiguità semantica, certamente significativa per il dibattito, articolandosi in due accezioni, l'una logico-formale, e l'altra sostanziale. Al fine di comprendere la prima accezione è possibile far riferimento alla tesi di Luigi Ferrajoli che intende difendere un'idea di "democrazia sostanziale", proponendo dei diritti fondamentali una definizione "puramente formale o strutturale". Secondo tale tesi i diritti fondamentali sarebbero: *"tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a "tutti" gli esseri umani, in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire"*²⁸.

Il loro carattere di universalità comporta la riferibilità di questi, secondo le norme che li pongono, a una classe omogenea di titolari, definita come "tutti" (coloro che...). In effetti, questo modello risponde al contenuto dei noti caratteri della generalità e astrattezza della norma che si porrà a garanzia dei diritti stessi. Invero, è anche questa la ragione logica per la creazione di un'unica giurisdizione penale internazionale volta a rendere sanzionabili le violazioni dei diritti

²⁶ZAGREBELSKY G. - CHENAL R. - TOMASI L.R., *Manuale dei diritti fondamentali cit.*, pag. 226.

²⁷VITALE E., *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica?*, in *Diritti fondamentali cit.*, pag. 242.

²⁸FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico cit.*, pag. 122.

fondamentali attraverso l'istituzione di una Corte penale internazionale sancita a Roma nel 1998. Tuttavia, quell'Accordo resta tuttora non ratificato da alcuni Stati, tra cui gli Stati Uniti, a dimostrazione della difficoltà politica e culturale di impostare uniformemente il problema della tutela e ancor prima la definizione degli stessi diritti.

A tale definizione poi si connettono i diritti che comunemente vengono definiti come "politici" che presuppongono una collettività organizzata alle cui decisioni il singolo ha facoltà di partecipare²⁹. Del resto, non è possibile considerare il paradigma dei diritti umani come espressione di verità assoluta, perché è caratteristico portato di un tipo di modello etico-sociale, circoscritto e particolare, aperto al confronto con altri.

Per un'analisi realistica è importante guardare all'aspetto più concreto ben evidenziato da Norberto Bobbio che affermava che, più che di cercarne il fondamento: *"il problema relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli"*³⁰. Parimenti va sottolineato che si tratta di un problema: *"non filosofico, ma politico"*. In definitiva, quando si tenti un'affermazione dei diritti caratterizzati da universalità è allora che si pone il problema.

Inoltre, il punto emblematico di questo nuovo orizzonte di valori condivisi è rappresentato dal tema delle garanzie. Seppure l'estensione della garanzia dei diritti non è ancora un problema tecnico esso si pone a un livello molto più avanzato come momento strutturante dei singoli sistemi-ordinamento e ciò rappresenta il dilemma per le democrazie nell'ambito delle scelte di politica internazionale in un contesto globalizzato³¹.

²⁹ FERRAJOLI L., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, D. Zolo (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 1999.

³⁰ BOBBIO N., *Prefazione*, a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2018. In fondo si tratta di analisi svolta con maggiore ampiezza in BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

³¹ FERRAJOLI L., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

Da ciò discendono alcune importanti e conseguenti considerazioni.

Ad esempio, l'espansione dei diritti in senso universale riflette sì una concezione eurocentrica, ma purtroppo comporta concretamente una effettiva riduzione del livello di garanzia dei diritti. La garanzia dei diritti fondamentali, che è parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario, infatti non trova esplicita menzione né nel trattato della Comunità Europea né il quello sull'Unione Europea. Soltanto con la CEDU, elaborata a Roma il 4 novembre 1950, in vigore dal settembre del 1953, e ratificata nel tempo da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, si è giunti a consolidare un testo cruciale in ambito continentale per la tutela delle libertà fondamentali. Difatti, proprio per assicurare la garanzia collettiva dei propositi previsti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 gli obiettivi della CEDU sono quelli della salvaguardia dei diritti fondamentali al momento della creazione, dell'applicazione e dell'interpretazione della normativa comunitaria. Questo Atto comune prevede, infatti, uno specifico elenco di diritti e libertà che le Alte Parti Contraenti si sono impegnate a riconoscere nei confronti di tutti coloro che sono sottoposti alla loro giurisdizione.

Pertanto, al fine di raggiungere concretamente e completamente tali finalità è stato previsto un sistema di tutela utilizzabile sia dagli Stati contraenti che dai cittadini o Organizzazioni Non Governative (ONG), ancora gruppi di persone vittime di violazioni delle norme in essa inserite. Coloro che sono responsabili di questo controllo sono la Commissione, incaricata di istruire le istanze presentate dai singoli o da Stati membri; la Corte EDU, la cui competenza si estende a tutti i casi concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione che può essere adita dalla Commissione o dagli Stati previo rapporto della Commissione stessa; ed il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, cui spetta il ruolo di "custode" della CEDU e che si occupa della risoluzione politica delle controversie.

La disciplina originaria del 1950 è stata poi in parte modificata dal Protocollo n. 11 alla Convenzione, formalizzato a Strasburgo l'11 maggio 1994, che per mantenere la durata dei procedimenti entro limiti accettabili ha modificato questo meccanismo di controllo con l'introduzione della nuova Corte permanente per i diritti umani e di una procedura a tratti riformata. Dunque, la Convenzione e il sistema di tutela ad essa connesso mirano alla promozione e alla difesa dei diritti umani in Europa.

In conclusione, sembra evidente il ruolo e l'importanza assunta dalla CEDU. Il Parlamento Europeo ha spesso chiarito il ruolo fondamentale che si attribuisce al rispetto dei diritti dell'uomo e questo risulta dalle Costituzioni degli Stati membri e anche dalla Convenzione, perché l'obiettivo è quello di garanzia globale e di promozione dei diritti all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, così come la Corte di giustizia ha più volte riconosciuto e costantemente rilevato l'esistenza di libertà fondamentali a livello europeo equiparabili alle norme comunitarie primarie³².

Par. 3. - *Il caso dell'ordinamento italiano: il II comma dell'art. 1 Cost. e il principio di sovranità nazionale.*

L'art. 1 della nostra Costituzione stabilisce che: «*L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*».

Pur nella brevità della sua formulazione questa è una delle disposizioni costituzionali più dense di significato. In essa viene definita la struttura essenziale della Repubblica italiana, sia per quanto attiene al regime economico-politico, democratica e fondata sul lavoro, sia per quanto attiene alla forma di Stato, repubblicano e fondato sulla sovranità popolare.

³² RUGGERI A., *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 15 maggio 2015.

Ancora più importante è il fatto che la sovranità vede come perimetro abilitativo e, allo stesso tempo, come limite di esercizio, la Carta costituzionale, le prescrizioni, i valori, i principi ivi contenuti.

Non a caso il termine sovranità è un termine intriso di istanze ideologiche e di aspettative sociali³³. Questo termine ha assunto un ruolo importante nel lessico politico intorno al 1500 e ha avuto la sua massima valorizzazione nel 1600, cioè nel secolo in cui si stava formando -anche concettualmente- lo stato moderno.

Il concetto di sovranità è strettamente connesso a quello del potere. Di sovranità, infatti, discutevano tutte quelle realtà politiche che volevano liberarsi dall'imperatore e vedersi riconoscere la loro indipendenza, appunto la sovranità. L'*incipit* della nostra Costituzione non a caso è la sovranità, una *sovranità* che tuttavia *appartiene al popolo* e non a un potere terzo rispetto al popolo. Tramite il concetto della sovranità popolare è possibile collegarsi a un concetto rappresentativo della teoria costituzionale, quello che va sotto la qualificazione di "potere costituente".

La nascita delle Costituzioni mette in chiaro l'esigenza che il potere costituente attraverso la Costituzione diventi potere costituito, vale a dire un potere messo sotto il dominio di regole, limitato e non più assoluto. Peraltro, la limitazione favorisce i rapporti di equilibrio tra i diversi presidi di potere e tutti sono ancorati al dato che l'esercizio del potere deve avvenire, per essere legittimo, nel solco delle norme fondamentali della Costituzione italiana. Solo nell'ambito di quel perimetro operativo è possibile riconoscere come legittimo l'esercizio del potere, così, ad esempio, il giudice nazionale dovrà prima di ogni altra cosa ancorare la propria decisione ai principi della Costituzione italiana.

³³ RUGGERI A., *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in www.federalismi.it.

È noto che l'Italia, con gli atti di adesione ai Trattati, sembra aver ceduto la propria sovranità, ma l'adesione al sistema CEDU non ha in realtà comportato alcuna limitazione di sovranità. Infatti, i conflitti tra legge interna e disposizioni della CEDU non possono essere risolti con il meccanismo della "non applicazione" o "disapplicazione" operante in relazione al diritto comunitario sulla base dell'art. 11 Cost., ma invece devono tradursi, nel caso di impossibilità di una composizione sul piano ermeneutico, in specifiche questioni di legittimità costituzionale³⁴.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e in attesa dell'adesione dell'UE alla CEDU questa struttura è rimasta invariata ed è stato escluso che dalla *"qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario"*³⁵, operata dapprima dalla Corte di giustizia indi anche dall'art. 6 del Trattato, potesse farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost. e, con questa, il fatto che il giudice comune avesse il potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione³⁶.

Per tre motivi l'affermazione per cui l'art. 11 Cost. non può venire in considerazione rispetto alla CEDU e non può essere messa in discussione *"non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale"*³⁷.

Prima di tutto, il Consiglio d'Europa, rappresentativo del sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e dell'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte EDU di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionalmente e istituzionalmente distinta dalla Comunità europea creata con i

³⁴ LAMARQUE E. - CAPPUCCIO L., *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona, Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Jovene, Napoli, 2013.

³⁵ DI STASI A., *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010- 2015)*, Cedam, Padova, 2016.

³⁶ CORTE COST. Sent. n. 349 del 24 ottobre 2007, in www.cortecostituzionale.it.

³⁷ CORTE COST. Sent. n. 188 del 22 dicembre 1980, in www.cortecostituzionale.it, già richiamata dalla Sent. n. 349/2007.

Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992³⁸.

Ancora, perchè i *“principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto”* traggono spunto dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alla CEDU e *“rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT)”*; avendo, peraltro, *“la Corte di giustizia precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario”*³⁹.

In terzo luogo, perchè *“il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune attribuita alle (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie, è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale”*⁴⁰.

Inoltre, l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea è stato modificato dal Trattato di Lisbona, al fine di rafforzare i meccanismi di tutela e protezione dei diritti fondamentali, e prevede al paragrafo 1 che *l'“Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”*. In ultimo, la norma prevede al paragrafo 2, che *“l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*; concludendo al paragrafo 3 che *“i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*⁴¹.

³⁸ Secondo quanto sancito da CORTE COST. Sent. n. 349 /2007 cit..

³⁹ CORTE GUE Sent. 4 ottobre 1991, C-159/09, Society for the Protection of Unborn Children Ireland. CORTE GUE Sent. 29 maggio 1998, C-299/05, Kremzow

⁴⁰ Sempre CORTE COST. Sent. n. 349 /2007.

⁴¹ CONTI R., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011.

Da queste statuizioni prescrittive risulta che la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva dalla Carta dei diritti fondamentali, Carta di Nizza che l'Unione "riconosce" possedere "lo stesso valore giuridico dei trattati"; poi dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione a essa dell'Unione; infine, dai "principi generali", che comprendono i diritti sanciti dalla CEDU e quelli che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Come si può notare, questo è un sistema di protezione complesso dove ognuno è chiamato a rispondere della propria funzione. Alla Carta di Nizza è stato, dunque, riconosciuto un valore giuridico uguale a quello dei Trattati, al fine di garantire una miglior tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del sistema dell'Unione, avendo appunto un testo scritto di riferimento. Il rischio da evitare è quello che la Carta "cristallizzi" storicamente i diritti fondamentali impedendo alla Corte di giustizia di individuarne di nuovi aggiornandone il catalogo.

In buona sostanza, l'adesione dell'Unione europea alla CEDU garantisce la protezione dei diritti umani e concede all'Unione di sottoporsi a un sistema internazionale di controllo circa il rispetto di tali diritti⁴². C'è da dire che l'attuazione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato non ha ancora prodotto effetti. Ciò discenderà dal modo in cui verrà realizzata l'adesione alla stessa.

L'art. 6 al paragrafo 3 fa un espresso richiamo alla CEDU, secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione *"e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"* e tale disposizione, invero, riprende, come già accennato, lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea⁴³.

⁴² PINELLI C., *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur.cost.*, 1999. Sul tema ancora MONTANARI L., *Dalla Corte una conferma cit.*, pag. 3006.

⁴³ BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in www.cortecostituzionale.it, 24 ottobre 2017.

La Corte, rispetto alla disciplina anteriore, chiarisce l'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU di cui all'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario, oggi del diritto dell'Unione. Sono state apportate, come appare evidente, anche delle ragionevoli variazioni al dettato normativo e alle locuzioni utilizzate.

A partire, infatti, dalla sentenza n. 349 del 2007 si chiarisce che già la precedente giurisprudenza della Corte GUE era costante nel ritenere che i diritti fondamentali previsti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, facessero "parte integrante" dei principi generali del diritto comunitario e il giudice comunitario doveva garantirne il rispetto⁴⁴.

Ritornando al tema della sovranità nazionale per ribadire la sua attuale integrità, è utile, ai fini di tale disamina, citare il progetto di Costituzione europea approvato dai governi europei nel 2004. Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea, apertosi con la convocazione della Convenzione europea, è destinato a ulteriori passaggi fondamentali di concretizzazione, del resto l'Europa ha ampliato la sua base numerica e non può fare a meno di una Costituzione che allinei i principi comuni di riferimento⁴⁵.

Parlare di Costituzione europea è utile, peraltro ai fini del nostro lavoro, per proporre una riflessione sulla compatibilità della sovranità nazionale, sancita dal nostro art. 1 Cost., rispetto alle future scelte che coinvolgeranno l'Europa⁴⁶.

Una strada percorribile potrebbe essere quella di individuare una prospettiva in termini di omogeneità del confronto tra stati nazionali, attraverso la trasformazione, in realtà in corso, delle relazioni "internazionali" tra gli Stati

⁴⁴ A tale proposito è opportuno rinviare, tra le tante, alla CORTE GUE, Sent. 26 giugno 2007, C-305/05, Ordini avvocati c/ Consiglio.

⁴⁵ CURTI GIALDINO C., *La Costituzione europea. Genesi - Natura - Struttura - Contenuto*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2005.

⁴⁶ ZAGREBELSKY V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006.

europei, sostanzialmente svolte in termini politici, in relazioni “costituzionali”, di stampo eminentemente giuridico⁴⁷.

Sul piano del metodo va prima di ogni altra cosa chiarito che nella Costituzione europea non c'è alcuna menzione al concetto o al principio della sovranità nazionale. La sovranità è un concetto di “tipo egoistico” che un progetto di comunità solidale non può prendere in considerazione senza violare la propria natura e il suo valore costitutivo. Ed infatti, a riprova di questo gli Stati europei sono presi in considerazione semplicemente come Stati membri dell'Unione.

Sotto altro aspetto, la sovranità nazionale si esplica da parte dai governi degli Stati membri unicamente attraverso il diritto di veto, quindi ricorrendo a una leva esclusivamente di natura politica, senza alcuna accezione propositiva di un potere che non sia esercitato in forma esclusivamente negativa. In questo modo sia il Parlamento europeo sia la Commissione vengono esclusi dal processo decisionale europeo in tutti quei settori in cui i governi nazionali possono imporre il veto.

Questa forse è la ragione per cui il problema della sovranità nazionale è molto sentito e rappresenta uno dei *deficit* democratici dell'Unione europea, che la Costituzione europea si era proposta di evitare, senza però risolvere, conferendo poteri di co-decisione legislativa del Parlamento europeo.

Tra le varie materie che la comunità degli stati europei hanno al centro della propria azione ve ne sono alcune che generano particolari tensioni politiche per la loro caratteristica di promanare direttamente dalla sovranità nazionale. Non a caso la creazione di un governo europeo in materia di economia, di politica estera e di sicurezza è parte di una riflessione che coinvolge proprio il processo di costituzionalizzazione delle relazioni tra Stati europei e che per le tensioni che

⁴⁷ ORTEGA L. (ed.), *The Europeanization of public law and the European Constitution*, in *Studies on European Public Law*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2005.

genera alla luce dei contrastanti interessi nazionali finisce per ostacolare la realizzazione della costruzione europea⁴⁸.

Pertanto, va chiarito che l'espressione "costituzionalizzazione delle relazioni internazionali" è una forma di generalizzazione della "costituzionalizzazione del diritto internazionale". A partire dal secondo dopoguerra si è assistito alla costituzionalizzazione delle relazioni inter-europee e ciò dimostra che il diritto internazionale si sta piano piano trasformando in diritto costituzionale europeo e che tale processo coinvolge anche gli aspetti economici e finanziari.

Questo lento processo di costituzionalizzazione delle relazioni internazionali è correlato, quindi, al fenomeno denominato "evaporazione della sovranità nazionale", oggi molto discusso anche in relazione al processo di globalizzazione.

La causa di questa lenta opera di ricostruzione, ostacolata periodicamente dall'evocazione del tema della sovranità nazionale dipende anche dal fatto che l'Unione europea si presenta come una costruzione *sui generis*, non assimilabile né a un modello confederale né a quello federale di quelli già esistenti e sperimentati. Probabilmente, al fine di comprendere il processo che porti alla realizzazione della Costituzione europea, sarebbe utile e forse necessario un approccio interdisciplinare. Sono rinvenibili molti caratteri innovativi della costruzione europea nei confronti dei tradizionali organismi internazionali, ma è necessario valutare anche i progressi compiuti sotto l'aspetto economico, giuridico e politico⁴⁹.

⁴⁸ LUCIANI M., *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr.giur.*, 2008.

⁴⁹ BIFULCO R., *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in www.rivistagaic.it, 10 ottobre 2014. AA.VV., *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Lanfranchi L. (a cura di), Roma, Istituto della Enciclopedia Itali

Bisognerebbe contribuire al superamento del dilemma della sovranità nazionale nelle discipline dell'economia internazionale, del diritto internazionale e della politica internazionale⁵⁰.

Il processo di globalizzazione ci spinge a superare il ristretto orizzonte nazionale e a considerare non più lo Stato nazionale sovrano come un'entità eterna e insuperabile e il punto di vista cosmopolitico dovrebbe rappresentare l'orizzonte entro il quale collocare il futuro degli individui, dei popoli e delle nazioni.

Par. 3.1 - La "limitazione controllata o condizionata" delle nuove fonti secondo i canoni degli artt. 10 e 117 Cost..

Il diritto internazionale e quello interno, un tempo modelli normativi contrapposti in ragione di un sistema ordinamentale chiuso, convivono oggi su piani paralleli essendo espressione di diversi processi di integrazione politica⁵¹.

Per tale ragione e per fare in modo che le norme entrino a far parte dell'ordinamento interno si deve ricorrere a forme controllate di "adattamento", secondo un processo di formazione che può essere di carattere *automatico* o *speciale*⁵².

L'adattamento definito automatico o generale è previsto all'art. 10 Cost., laddove si dispone che *"l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute"*, normalmente si trattava delle consuetudini internazionali.

L'adattamento speciale, invece, impiegato per il diritto internazionale pattizio, trova come strumento operativo l'"ordine di esecuzione" che opera direttamente solo in relazione ai Trattati contenenti norme *self-executing* e

⁵⁰ CANNIZZARO E., *La sovranità mista: l'Unione europea e i suoi Stati membri come soggetti dell'ordinamento internazionale*, in *Atti del VII Convegno SIDI: L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale*, Jovene, Napoli, 2003, pag. 213.

⁵¹ CONDORELLI L., *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Cedu o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, pag. 301.

⁵² RUGGERI A., *Applicazioni e disapplicazioni dirette della Cedu (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in www.forumcostituzionale.it, 28 febbraio 2011

nell'adattamento speciale ordinario, cioè in atti normativi interni necessari per dare esecuzione a norme internazionali che non abbiano il carattere di *self-executing*.

A seguito della procedura di adattamento le norme internazionali assumono nell'ordinamento interno la stessa posizione gerarchica delle fonti che comunemente vi operano.

Nel quadro del diritto internazionale una particolare posizione presenta il diritto dell'Unione Europea, perché i Trattati e le fonti che ne derivano godono di una particolare "copertura" costituzionale attraverso, come già si è detto, la prescrizione stabilita all'art. 11 Cost..

Queste disposizioni sovranazionali presentano una forza attiva paragonabile a quella delle norme costituzionali, consistendo in una limitazione definitiva dei diritti sovrani dello Stato e una resistenza passiva rinforzata, prevalendo le norme comunitarie su quelle interne anche successive. Per tale motivo sono dette norme "interposte", perché si frappongono tra la Costituzione e le altre fonti primarie⁵³.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha avallato la prassi per cui il diritto dell'Unione europea può derogare anche a leggi Costituzionali purchè non siano norme fondamentali o immodificabili, come, per esempio, i diritti fondamentali, la procedura di revisione costituzionale e il carattere di democraticità dell'ordinamento italiano. Vedremo più avanti come questo assetto che progressivamente si va formando sta aprendo le auspicabili e inedite piattaforme di dialogo tra le Corti.

La natura immediatamente precettiva delle norme di conio europeo è stata tracciata dalla Corte costituzionale nelle note sentenze "gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007, in cui è affermata la tesi secondo cui l'art. 117, comma 1, Cost.,

⁵³ CARETTI P., *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, pag. 313.

istituirebbe un vero e proprio “rinvio mobile” alle norme internazionali che impongono obblighi allo Stato italiano, in forza del quale le stesse vincolerebbero le leggi interne in quanto tali, indipendentemente cioè dalla adozione di appositi atti normativi interni di adattamento.

Sarebbero dunque direttamente gli obblighi internazionali ad agire come norme “interposte” nei giudizi di legittimità costituzionale. In questo modo, nel caso di una norma della CEDU mostrasse profili di contrasto con la Costituzione italiana la Corte dovrebbe, da un lato dichiarare l’inidoneità della norma internazionale ad integrare il parametro dell’art 117 Cost., comma 1, dall’altro intervenire sulla legge di adattamento dichiarandone l’incostituzionalità.

Cosicchè il giudice interno, quando sia chiamato a fare applicazione di tale parametro costituzionale, dovrebbe verificare la compatibilità con la Costituzione tanto degli obblighi internazionali, quanto delle norme legislative di adattamento ai medesimi, sollevando la questione di costituzionalità davanti alla nostra Corte delle leggi delle seconde nei casi in cui ravvisi la contrarietà con le norme costituzionali.

Gli obblighi internazionali intesi come “norme interposte” nei giudizi di legittimità costituzionale rispettano la tesi sostanziale secondo cui, in forza del rinvio ad essi operato dall’art. 117 Cost., comma 1, questi obblighi condizionano la legislazione interna a causa della loro formazione e permanenza in vigore nell’ordinamento di origine. Da ciò derivano una serie di conseguenze sul piano del sistema delle fonti del diritto italiano.

Par. 3.2 - *Il fenomeno delle norme interposte.*

Va rilevato che esiste la possibilità di configurare alcune “tecniche di adattamento”: un procedimento ordinario e due procedimenti speciali (l’ordine di esecuzione e il dispositivo di adattamento automatico).

Il **procedimento ordinario** consiste nell’emanazione di una comune legge che contenga la materia dell’accordo internazionale.

L'**ordine di esecuzione** è invece una "norma in bianco" che rinvia ellitticamente al testo del Trattato. L'efficacia del rinvio operato da tale ordine è subordinata alla ratifica che spetta al Presidente della Repubblica su autorizzazione del Parlamento, secondo quanto disposto dalla disciplina dell'art. 80 Cost..

Il dispositivo di **adattamento automatico** consiste in un espresso rinvio all'art. 10 Cost.

Appare particolarmente importante il procedimento volto a introdurre nell'ordinamento giuridico di uno Stato le modifiche necessarie a conformarlo alle norme di diritto internazionale in vigore per lo Stato stesso.

Si può dedurre che, a causa dell'indipendenza degli ordinamenti giuridici, le norme prodotte in ciascuno di questi non abbiano effetto o relazioni negli altri e che uno stesso fatto può essere considerato, nei diversi ordinamenti, in modo non conforme, da qui il criterio di relatività delle valutazioni giuridiche per la quale è possibile, ad esempio, che una norma internazionale obblighi lo Stato a una data attività che nel diritto interno non è consentita o è addirittura illecita. È evidente che da ciò nasce l'esigenza di adattamento del diritto nazionale volta ad evitare la violazione di obblighi internazionali dello Stato, nella specie configurando un illecito internazionale.

Ora, di rado il diritto internazionale impone l'adozione di un certo provvedimento interno, poichè solitamente si limita a prescrivere o a vietare agli Stati una certa condotta e dunque l'adattamento non è, in genere, l'*adempimento* di un obbligo internazionale, ma il *mezzo* per assicurarne o renderne possibile l'osservanza tramite i provvedimenti legislativi, amministrativi o regolamentari che servono per dare attuazione interna ai Trattati e alle consuetudini internazionali. Per tali ragioni l'art. 10, par. 1, della Costituzione italiana stabilisce che "*l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*". Tale disposizione presenta solo espressi riferimenti alle norme internazionali consuetudinarie.

In realtà rispetto alle norme consuetudinarie internazionali interviene un procedimento di adattamento automatico e permanente e questo implica che l'ordinamento si conforma continuamente al diritto internazionale generale e alle sue modificazioni.

La prassi italiana, rispetto al tema dell'incorporazione dei Trattati, utilizza tanto il procedimento speciale dell'*ordine d'esecuzione*, contenuto in un atto normativo *ad hoc* che per i Trattati la cui ratifica richiede, in base all'art. 80 Cost., l'autorizzazione del Parlamento è spesso la stessa legge di autorizzazione; quanto il *procedimento ordinario* che poi consta nell'emanazione di un atto normativo, legislativo o regolamentare, di contenuto identico al Trattato.

Nel tempo, nella prassi e nella giurisprudenza, è emerso il problema relativo al rango delle norme internazionali introdotte nell'ordinamento interno e in particolare la loro prevalenza o soccombenza rispetto a norme posteriori incompatibili. Per quanto attiene a quelle consuetudinarie, si ritiene che l'incorporazione mediante l'art. 10, par. 1, Cost. le provveda direttamente di garanzia costituzionale. Generalmente, per quelle pattizie il rango è invece quello stesso del provvedimento di attuazione che possa essere una legge costituzionale, una legge ordinaria, un decreto, etc., salvo riconoscere a queste una particolare "resistenza", capace di farle prevalere su norme successive dello stesso rango⁵⁴.

In conclusione, è da menzionare che all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali concorrono, nell'esercizio delle rispettive competenze, tutti gli organi dello Stato, ivi comprese le Regioni, la cui competenza rientra nel novero dell'art. 117, 5° comma, Cost..

Par. 4 - Natura e funzione dei "vincoli" derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli "obblighi" internazionali.

⁵⁴ Secondo un principio di specialità sui generis accolto nell'art. 117, 1° comma, Cost., come riformato dalla l. cost. n. 3/2001.

Nell'attuale rinnovata formulazione dell'art. 117, I° comma, Cost., introdotta con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, si prevede che l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni è condizionata dal rispetto degli obblighi internazionali. Orbene, il carattere innovativo di tale disposizione non è limitato alla equiparazione della potestà legislativa regionale a quella statale e neanche all'introduzione di un esplicito riferimento all'ordinamento comunitario, ma invece riguarda l'introduzione di un preciso vincolo costituzionale rivolto al legislatore ordinario, statale e regionale, al rispetto degli obblighi internazionali⁵⁵.

Come si è detto, questo nuovo profilo ha in sé un carattere innovatore davvero notevole, visto che gli obblighi internazionali, derivanti dal diritto pattizio, nel sistema precedente alla modifica del 117 Cost. non avevano nessuna garanzia costituzionale⁵⁶. Non a caso, la conformità delle leggi ordinarie alle norme di diritto internazionale convenzionale, prima della legge costituzionale n. 3/2001, era sottoponibile al controllo della Corte costituzionale solo entro i limiti posti dagli artt. 7, 10 e 11 Costituzione.

L'opinione prevalente tra i costituzionalisti era orientata nel senso di ritenere la irrilevanza costituzionale dell'obbligo derivante da un Trattato, anche quando fosse intervenuto il c.d. adattamento e cioè il recepimento del Trattato nel diritto interno tramite atto nazionale, considerato come unico strumento giuridico grazie al quale le norme del diritto internazionale viene introdotto nell'ordinamento interno⁵⁷.

Il giudizio di costituzionalità della norma interna per violazione di un obbligo internazionale sembrava un approdo difficile da raggiungere, dal momento che l'adattamento finiva per stabilire soltanto un rapporto di

⁵⁵ CARLOTTO I., *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵⁶ CANNIZZARO E., *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e l'art. 117 Cost., I° comma, Cost.*, in *Riv. di dir.intern.*, 2009.

⁵⁷ CANNIZZARO E., *Il bilanciamento tra diritti fondamentali cit.*.

compatibilità-incompatibilità tra norme interne, dotate solitamente dello stesso rango di legge ordinaria. Comunemente si considerava, infatti, che i Trattati internazionali venissero ad assumere nell'ordinamento interno lo stesso rango dell'atto che avesse dato loro esecuzione.

In realtà, l'adattamento, aveva come obiettivo quello di costituire una condizione necessaria di efficacia nell'ordinamento interno del Trattato, facendo leva sulla previsione del primo comma dell'art. 10 Cost., l'unica disposizione di carattere generale in tema di adattamento del diritto interno a quello internazionale.

Questa limitata impostazione è stata dunque modificata con l'entrata in vigore del nuovo testo del primo comma dell'art. 117 Cost., il quale stabilisce che *"la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto .. dei vincoli derivanti .. dagli obblighi internazionali"*. Alla luce della nuova disciplina non sono mancati interrogativi di ordine logico e interpretativo, anche da parte di settori della dottrina diversa da quella della disciplina costituzionale⁵⁸.

In effetti, a seguito della riforma, la dottrina ha compreso come la norma abbia inciso profondamente sul sistema delle fonti di produzione, imponendo al legislatore ordinario il rispetto non più solo dei vincoli derivanti dalle consuetudini, ex art. 10, comma 1, Cost., ma anche di quelli che derivino dai Trattati internazionali⁵⁹. Si è resa dunque necessario adottare una disciplina normativa che facesse chiarezza sul tema delle fonti del diritto che in realtà incrocia il più ampio tema della sovranità di uno stato. Per tali motivi è intervenuta la Legge 5 giugno 2003 n. 131 intitolata *"Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3"* (c.d. legge "La Loggia").

⁵⁸ INSOLERA G., *Il sindacato di costituzionalità sull'obbligo di disapplicazione: verso un conflitto tra le Corti?*, in *Crit. del dir.*, 2016.

⁵⁹ PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

Il primo comma dell'art. 1 dispone in maniera inequivocabile che *“costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute di cui all'art. 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione di sovranità di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali”*.

A ben vedere dopo l'entrata in vigore del novellato art. 117, I comma, Cost. sono emersi due fondamentali nodi interpretativi che condizionano il corretto rapporto tra le fonti interne e quelle sovranazionali⁶⁰.

Il primo problema attiene al momento a partire dal quale gli obblighi internazionali ex art. 117 Cost. devono considerarsi vincolanti rispetto al potere legislativo interno.

Secondo una plausibile ricostruzione il perfezionarsi del procedimento di stipula del trattato, vale a dire la manifestazione del consenso ad obbligarsi da parte dell'Italia nel rispetto del diritto internazionale, non implica di per sé solo l'immissione delle norme in esso contenute nell'ordinamento interno. Tali norme, ai sensi dell'art. 117 Cost., una volta recepite, si collocano nel sistema delle fonti in una posizione intermedia tra norme costituzionali e norme legislative ordinarie e assumono il valore di norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale a seguito della eventuale disposizione interna antinomica. Le norme interne contrastanti con norme pattizie recepite, conseguentemente, sono da considerare illegittime per violazione della Costituzione, secondo il modello delle norme interposte.

Seconda questione attiene all'individuazione dei Trattati rientranti nella sfera di applicazione del vincolo di prevalenza sancito dal primo comma dell'art. 117 Cost. Difatti, perché possa crearsi il vincolo a carico della legge interna, così come del resto risulta dall'esegesi sistematica dell'art. 117 Cost., occorre

⁶⁰ CANNIZZARO E., *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002.

considerare implicito il riferimento alla categoria di Trattati di cui all'art. 80 Cost. e cioè a quelli ratificati previa legge di autorizzazione parlamentare.

È necessario, dall'altro lato, che la norma convenzionale sia stata recepita, tipicamente per mezzo dell'ordine di esecuzione di norma contenuto nella stessa legge che autorizza la ratifica, conformemente al consolidato principio secondo il quale la norma del Trattato è irrilevante nell'ordinamento interno finché non intervenga l'atto di adattamento.

- CAPITOLO II -

LA PORTATA DEL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE

Par. 1. - *I rischi di una deriva: dal dialogo al conflitto tra le identità nazionali?*

L'effettività e la bontà di un sistema giuridico derivano dall'efficacia dei sistemi di tutela e di protezione dei diritti nonché dei rimedi alla violazione degli obblighi.

Quanto detto vale, per tre ragioni specifiche, soprattutto in un sistema giuridico come quello comunitario.

Il primo ordine di ragioni è dato dalla natura tipica, propria di un ordinamento costruito da Stati sovrani che hanno scelto di limitare le proprie competenze normative delegandone alcune ben precise alla Comunità, oggi Unione, europea.

Per quanto concerne il secondo motivo, c'è da precisare che l'applicazione delle norme comunitarie è compito delle amministrazioni e dei giudici nazionali, considerati appunto come veri giudici naturali del diritto comunitario.

Infine, il terzo motivo attiene al fondamentale ruolo assunto dalla giurisprudenza nel consolidamento del sistema e nella portata della garanzia della sua effettività, nell'ambito del quale al giudice spetta la sua verifica e il suo rispetto.

In un contesto come quello comunitario da sempre ha destato particolare attenzione la scrupolosa osservanza delle norme, in primo luogo da parte degli Stati membri e, allo stesso tempo, il puntuale rispetto delle sentenze della Corte di Giustizia della Comunità europea. Nel tempo si è sviluppato un particolare interesse per l'utilizzo di strumenti al fine di rendere effettive le norme ed evitare le violazioni delle stesse. Tale impegno profuso ha dimostrato la sua concretezza

nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte GUE che si è avuta nel corso dell'opera di consolidamento di oltre cinquanta anni.

A dare vita ai Trattati comunitari è stato il costante dialogo tra giudice italiano e Corti europee e il suo consolidamento è avvenuto anche grazie alla sintonia con gli ordinamenti degli Stati membri e all'effettività dell'ordinamento comunitario⁶¹.

La Corte GUE, per portare a termine tale obiettivo, ha fatto riferimento al principio delle competenze di attribuzione e, all'interno di quest'ultimo, alla competenza esclusiva ad essa attribuita dagli Stati membri riguardo l'interpretazione dei Trattati, come espressamente stabilito dall'art. 220 del Trattato CE.

Lo scopo che si propone il presente lavoro è di individuare le coordinate di natura giuridica, al tempo stesso di carattere culturale, necessarie a fare emergere la necessità di un dialogo e non la contrapposizione dialettica tra i giudici e tra le Corti, dialogo che può rappresentare l'unico strumento in grado di gestire il rapporto complesso tra norme interne e norme comunitarie, non sempre di agevole soluzione⁶². Dialogo tra le Corti che vuole essere alla fine dialogo tra ordinamenti giuridici, il cui fine è quello di assicurare la pace del continente e la uniformità delle norme che regolano la vita dei consociati e delle Istituzioni.

Non sempre è stata pacifica e agevole la relazione tra diritto italiano e diritto comunitario in ragione della difficile composizione degli interessi in gioco, ma con il tempo è maturato, e negli ultimi mesi se ne sono registrati diversi episodi, un modello dialogico tra Corte GUE e Corte Costituzionale, reso attivo soprattutto dai giudici. Infatti, l'impegno delle due Corti è stato sempre proficuo e costante senza mostrare cali di tensione.

⁶¹ CARLOTTO I., *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 cit.*

⁶² RANDAZZO R., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015.

Volendo individuare il punto debole dei rapporti tra gli ordinamenti la causa di questa difficile compatibilità è data dall'assenza di una norma specifica della Costituzione che ha fatto sì che il nostro Parlamento usasse la legge ordinaria e non la legge costituzionale per far accedere il diritto comunitario nell'ordinamento interno. Probabilmente alla base di questo conflitto c'è il fatto che la Corte Costituzionale non fece ricorso al tradizionale principio che dispone la successione delle leggi nel tempo, con la conseguenza che i Trattati comunitari erano destinati a soccombere rispetto a qualsiasi legge successiva confliggente.

Questo è appunto il primo contrasto di natura giurisprudenziale che si pose tra Corte Costituzionale e Corte GUE, ne è prova il caso *Costa contro Enel*, sollevato dinanzi alle due giurisdizioni e che per la prima volta ha registrato prese di posizione rigorose dell'esclusività del proprio spazio di intervento. La Corte GUE affermò per la prima volta il principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale in caso di conflitto, di contraddizione o di incompatibilità tra le norme dei due diversi ordinamenti.

Vediamo quale fu, in breve, lo svolgimento della vicenda e quali gli esiti.

La causa fu sollevata dall'avvocato Costa che, ritenendo leso un suo fondamentale diritto dalla nazionalizzazione dei mezzi di produzione e di distribuzione dell'energia elettrica in Italia, si rifiutò di pagare un'esigua fattura alla nuova impresa elettrica (ENEL) sostenendo che la legge di nazionalizzazione era contraria ad alcune disposizioni del Trattato di Roma. Il giudice conciliatore dinanzi al quale fu instaurata la causa, ritenne di doversi rivolgere alla Corte di Giustizia. Nel frattempo, la Corte costituzionale italiana intervenendo in merito alla legge istitutiva dell'ENEL, affermava che, poiché i Trattati comunitari erano stati ratificati con una legge ordinaria, questi Trattati non sfuggivano ai comuni principi sulla successione tra leggi e, quindi, potevano essere abrogati o modificati da norme interne successive⁶³.

⁶³ La CORTE COST. Sent. n. 14 del 24 febbraio 1964, in www.cortecostituzionale.it, intervenne in merito alla legge istitutiva dell'ENEL.

A questa sentenza si appellava il governo italiano contro la ricevibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte GUE operato dal giudice conciliatore il quale avrebbe dovuto, secondo il nostro ordinamento, applicare la legge italiana anche se contraria a norme di un Trattato internazionale.

Tuttavia, la posizione della Corte GUE fu nettamente diversa, poiché affermò che con l'istituzione della Comunità sovranazionale gli Stati membri hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi; e ancora che una tale limitazione di sovranità ha come corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere contro tale ordinamento un provvedimento unilaterale ulteriore, pena la lesione dello stesso fondamento giuridico della Comunità⁶⁴.

Si avvertì a questo punto l'urgenza di risolvere concretamente il problema.

La Corte costituzionale italiana nella prima metà degli anni settanta con chiarezza stabilì i rapporti di autonomia tra i due ordinamenti e l'attribuzione di competenze ripartite e precise appartenenti a ciascuna Comunità⁶⁵. Peraltro, la ripartizione di tali competenze fu identificata proprio nell'art. 11 della Costituzione che prevede "limitazioni di sovranità" in relazione all'appartenenza ad organizzazioni internazionali che perseguano obiettivi di pace.

Su questo versante tuttavia non mancavano i problemi di riconoscere per il diritto nazionale, in presenza di una competenza comunitaria, la necessità di dover fare un passo indietro, lasciando alla norma del Trattato o al regolamento comunitario immediata e totale efficacia senza nessun intervento legislativo interno⁶⁶. È chiara, quindi, la possibilità della nascita di un conflitto con un regolamento successivo a causa dell'occupazione da parte della legge interna

⁶⁴ CORTE GUE Sent. 15 luglio 1964, C-6/64, Costa c. Enel, in www.dizie.eu.

⁶⁵ Si tratta delle sentenze Frontini ed Industrie Chimiche, riportate in *Le limitazioni della sovranità nazionale statale in favore dell'Unione europea nella giurisprudenza costituzionale*. Servizio studi, in www.cortecostituzionale.it, 2104.

⁶⁶ D'ATENA A., *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, intervento svolto al seminario tenuto il 6 novembre 2009 presso il Palazzo della Consulta sul tema *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, in www.cortecostituzionale.it.

dello spazio attribuito a norme comunitarie, con la conseguente violazione dell'art. 11 della Costituzione. Tale conflitto si manifestava come una questione di legittimità costituzionale e quindi il giudice comune era chiamato a investire il giudice delle leggi. Ad esempio, l'ipotesi di controllo centralizzato comportava un esito certo da parte di tutti i giudici comuni, ma, a parere della Corte GUE, non consentiva l'applicazione immediata ed uniforme all'intera area comunitaria, come fu rimarcato nel celebre caso *Simmethal contro Italia*⁶⁷.

Successivamente, la Corte Costituzionale italiana con la sentenza *Granital contro Italia* del 1984, confermò la divisione di competenze prevista dall'art. 11 della Costituzione, ma la Corte italiana aggiunse la previsione dell'intraprendere un doppio percorso, per sé e per il giudice comune⁶⁸.

In primo luogo, prevede l'ipotesi di risoluzione dell'eventuale contrasto tra norma interna e norma comunitaria dotata di effetto diretto, come espressione dell'esercizio della competenza delegata alle istituzioni comunitarie. Nel caso di contrasto, considerato nel caso di specie come questione di "semplice" compatibilità comunitaria della norma interna, sarebbe stato compito attribuito direttamente alla risoluzione del giudice comune, giudice naturale e di prima battuta del diritto comunitario, con l'aiuto eventuale della Corte GUE tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale. In particolare, la soluzione in caso di conflitto potrebbe essere trovata nell'applicazione della norma comunitaria in luogo della legge interna e non l'annullamento di quest'ultima. È chiaro che, trattandosi di una questione di costituzionalità, al giudice costituzionale è tuttavia attribuita in esclusiva la verifica sull'eventuale conflitto tra la norma comunitaria e i principi

⁶⁷ CORTE GUE Sent. 9 marzo 1978, causa C 106/77 *Simmethal c. Italia*, in www.dizie.eu.

⁶⁸ Si afferma a tale proposito: "La questione, va subito precisato, è sollevata sull'assunto che, in conformità dell'attuale giurisprudenza, le disposizioni di legge contrarie al regolamento comunitario non possono considerarsi nulle od inefficaci, ma sono costituzionalmente illegittime, e vanno in quanto tali denunziate in questa sede, per violazione dell'art. 11 Cost. La Corte ritiene di dover anzitutto fermare l'attenzione su questo primo e preliminare profilo dell'indagine ad essa demandata", in CORTE COST. Sent. n. 170 del 5 giugno 1984, in www.cortecostituzionale.it.

fondamentali dell'ordinamento costituzionale, nonché con i diritti dell'uomo altrimenti detti "controlimiti".

La Corte costituzionale, per quanto concerne il secondo percorso, ha previsto l'ipotesi di conflitto tra la legge interna e la norma comunitaria priva di effetto diretto, trattandosi comunque di una violazione dell'art. 11 della Costituzione, traducendosi quindi in una questione di legittimità che solo il giudice costituzionale può risolvere. Trattasi di un compito affidato alla Corte Costituzionale quello della valutazione del conflitto, nel contesto di un giudizio principale di costituzionalità. In questa ipotesi l'esito dell'accertamento positivo del contrasto, che non sia risolvibile in via di interpretazione, è l'annullamento della legge nazionale incompatibile con il diritto comunitario per violazione dell'art. 11 Cost.

La Corte costituzionale, in seguito, ha precisato, confermando in gran parte le affermazioni della Corte GUE, che la sentenza della Corte GUE completa il significato e l'applicazione della norma comunitaria, limitando l'intervento del giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale che in sede di procedura d'infrazione; hanno effetto diretto tutti gli atti vincolanti che abbiano i caratteri individuati dalla giurisprudenza comunitaria a questo fine; ha precedenza la questione di compatibilità comunitaria sollevata dinanzi al giudice comune rispetto alla questione di costituzionalità, anche fosse sollevata davanti a quel giudice; è di esclusiva competenza il controllo della compatibilità con i "controlimiti" della norma comunitaria, perché applicabile e prevalente rispetto alla norma nazionale configgente.

La riforma costituzionale degli anni duemila e in particolare la copertura costituzionale riconosciuta grazie all'art. 117 Cost. sia ai Trattati internazionali che agli obblighi comunitari non ha posto fine alla complessa relazione del rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario in riferimento a quanto stabilito dall'art. 11 della Costituzione. Così non vi è dubbio alcuno sulla

competenza del giudice comune sull'accertamento del rispetto dei controllimiti da parte di una norma comunitaria, ipotesi ad esempio affermata dal Consiglio di Stato nel caso Società Admenta Italia: *“Si è così pervenuti ad una sorta di “armonia tra diversi”, secondo la felice intuizione di un illustre giurista, che ha avuto il pregio di garantire la conservazione del nostro ordinamento e con esso la sovranità statale, che, lungi dall’essere assorbita all’interno di una sovranità superiore, risulta essere soltanto limitata, ai sensi dell’art. 11 Cost.. In tal modo è stato, ed è, concepibile conservare uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all’influenza del diritto comunitario, uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative. E’ appunto l’area dei diritti fondamentali, la cui tutela funge da insopprimibile “controlimite” alle limitazioni spontaneamente accettate con il Trattato”*⁶⁹. Tuttavia sempre di una situazione intrinseca di conflitto si tratta.

A seguito del recente e continuo dialogo tra giudice italiano e Corti europee la Corte costituzionale ha inteso ridefinire la relazione del diritto interno con il diritto comunitario da quello con la CEDU⁷⁰.

Ad oggi, il ruolo del giudice comune può essere qualificato come il ruolo di giudice naturale del diritto comunitario che ha il compito di controllare la compatibilità delle norme nazionali con le norme comunitarie che abbiano effetto diretto. Discende da ciò l’importanza attribuita all’attività compiuta dal giudice comune che consiste nel garantire effettività e consolidamento del diritto comunitario.

Ai giudici nazionali, dunque, è riconosciuta una particolare responsabilità che è data dall’obiettivo di accertare l’uniformità di applicazione delle norme comunitarie in tutta la Comunità evitando in questo modo un cattivo funzionamento del sistema. Tale responsabilità è direttamente proporzionale al

⁶⁹ CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁷⁰ RUGGERI A. - SAIITA A. (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015.

tasso di maturazione del livello di protezione e tutela anche dei diritti fondamentali. Non va trascurato che attualmente si registrano ancora situazioni di discriminazione e disordine nei livelli di tutela dei diritti dei singoli a causa di una non adeguata osservanza delle norme comunitarie che, chiaramente, penalizzano i cittadini di quei Paesi in cui quelle violazioni si verificano. Basta soltanto pensare alla questione delle persone migranti che, anche da un punto di vista penale, ricevono un trattamento del tutto diverso dalle persone dell'Unione.

L'attenzione da parte del giudice comunitario in merito al rapporto e alla sinergia tra diritto comunitario e diritto nazionale è stato oggetto di particolare attenzione e spesso preoccupazione che ha portato al conseguente dialogo con il giudice costituzionale⁷¹.

L'obiettivo di un tale dialogo è sempre stato il rispetto e la garanzia dell'effettività del sistema giuridico comunitario, spesso realizzato con l'ausilio dello strumento del rinvio pregiudiziale, utile all'interno dell'intero processo di integrazione europea. Questo produttivo dialogo tra il giudice comunitario e il giudice comune nazionale sta portato lentamente all'evoluzione del sistema e alla sinergia tra funzione del giudice comunitario e funzione del giudice nazionale nella tutela dei diritti dei singoli⁷².

La giurisprudenza della Corte GUE con la propria attività si è concentrata prima sulla definizione e la precisazione del contenuto materiale dei diritti e degli obblighi comunitari, verificandone poi il concreto impatto sulla posizione giuridica dei destinatari, successivamente, ha concentrato la propria attenzione sugli strumenti e il livello di tutela dei diritti⁷³.

⁷¹ SARRA C., *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, in *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità*, Atti del I Convegno dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Bianchini M. e Gioia G. (a cura di), Padova, 2013, pag. 477.

⁷² DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

⁷³ CONTI G.R., *Gli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno*, in *Dialogando sui diritti Corte di cassazione e Cedu a confronto*, (AA.VV.), Jovene, Napoli, 2016.

Nel tempo, quindi, la Corte GUE chiarisce sempre più la qualificazione del proprio ruolo passando dal giudice dei diritti e degli obblighi sottoscritti dagli Stati membri a quello anche di giudice dei diritti dei singoli che emergono chiaramente guardando ai doveri degli Stati. Il ruolo della Corte, probabilmente, risponde alla volontà espressa dagli Stati e cioè di una Comunità di diritto nella quale nessuno dei soggetti protagonisti -gli Stati, le istituzioni comunitarie, i singoli- possa sfuggire al controllo di legittimità del giudice ed alle conseguenze che derivano da una condotta contraria a diritto. Difatti, il giudice comunitario ha più volte precisato che lo strumento di carattere internazionalistico, il cui uso è soggetto a un potere discrezionale della Commissione usato in caso di violazioni dei doveri da parte degli Stati membri, non poteva essere quello della procedura d'infrazione.

Si avvertiva così l'urgenza che il singolo potesse far valere davanti al giudice nazionale il suo diritto nascente dal dovere dello Stato cui veniva attribuita l'ipotesi di violazione. Questo è il carattere importante del ruolo della Corte che chiaramente ha generato inevitabili conseguenze anche sul ruolo del giudice nazionale con conseguente valorizzazione di tutti gli strumenti di tutela giurisdizionale a disposizione, al fine di garantire una progressiva crescita del sistema giuridico. Si è così sviluppata la tendenza volta ad accertare caso per caso la compatibilità comunitaria dei livelli assicurati dai sistemi giuridici nazionali, stabilendo come limite generale dell'autonomia processuale nazionale il principio, che poi deriva dal principio di effettività, secondo il quale le norme processuali nazionali non devono rendere praticamente impossibile, o eccessivamente difficile, l'esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto comunitario⁷⁴.

La tendenza è quella di tenere presente sempre l'obiettivo di armonia del sistema rispettando la cultura della effettività della tutela dei diritti, tenendo a

⁷⁴ RUGGERI A., *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in www.consultaonline.it, 17 dicembre 2015.

mente i caratteri propri della cultura comunitaria. Tale cultura ha come scopo quello di favorire una giurisprudenza tesa a realizzare un sistema di controllo giurisdizionale e tutela dei diritti quanto più completo ed efficace possibile. Una giurisprudenza che possa fare frequente uso dello strumento del rinvio pregiudiziale più che degli altri meccanismi previsti dall'ordinamento, come si vedrà più avanti. Tutte queste considerazioni derivano dal rapporto sinergico e fruttuoso tra giudice comunitario e giudice nazionale.

Ad esempio, nel caso della sentenza *Van Gend en Loos* la Corte del Lussemburgo considerò l'effetto diretto anche come deterrente rispetto alle violazioni del diritto comunitario, conferendo al singolo una posizione giuridica che lo abilitasse direttamente ad invocare l'intervento del giudice⁷⁵. In tal modo, la Corte attribuisce lo stesso effetto a quelle disposizioni di direttive che, non solo fanno riferimento a un risultato da raggiungere, ma, come un regolamento, segnalano anche i mezzi e le modalità per raggiungere quel risultato e quindi sono complete e non richiedono ulteriori interventi di altre autorità.

Vi è dunque una giurisprudenza che conferisce effetto diretto anche a disposizioni di direttive in presenza di determinate condizioni ai cc.dd. effetti verticali e cerca di evitare la pigrizia da parte degli Stati membri nel recepimento delle direttive.

Infatti, la Corte di giustizia per rispondere al giudice nazionale ha messo in chiaro che il diritto comunitario obbliga -anche senza la statuizione di precise previsioni nel diritto nazionale- di dare celere attuazione alla norma comunitaria che abbia effetto diretto. Vi sono stati casi emblematici che hanno formalizzato un tale indirizzo e hanno stabilito un preciso percorso attuativo di tali istanze.

Nel caso *Simmenthal*, a cui si è precedentemente fatto riferimento, al giudice italiano la giurisprudenza costituzionale impediva la disapplicazione della norma interna incompatibile con il diritto comunitario e lo spingeva al

⁷⁵ CORTE GUE Sent. 5 febbraio 1963, causa C 26/62, VanGend & Loos, in www.dizie.eu.

previo giudizio di costituzionalità e quindi allo stesso tempo poneva la questione se ciò fosse in sintonia con il diritto comunitario, ma la Corte gli rispose negativamente.

Un altro caso noto è *Factortame*, in cui la Camera dei Lords chiedeva se il diritto comunitario obbligasse il giudice del Regno Unito a garantire una forma di tutela cautelare che il diritto nazionale non prevedeva nel caso in cui si dovesse sospendere provvisoriamente l'applicazione di una legge e la Corte gli rispose positivamente⁷⁶.

In conclusione, la Corte GUE ha il compito della verifica dell'integrità dei diritti fondamentali negli atti comunitari ed anche negli atti nazionali, leggi e atti amministrativi, ribadendo continuamente la necessità del rispetto dei diritti fondamentali.

Al fine di far crescere progressivamente il sistema giuridico comunitario la giurisprudenza sui diritti fondamentali ha da sempre assunto un ruolo predominante, così come decisa è l'attenzione del giudice comunitario nel tutelare la posizione giuridica soggettiva del singolo consentendogli di intervenire per far rimediare a eventuali pregiudizi⁷⁷.

Il richiamo continuo al diritto fondamentale e a una tutela completa ed effettiva ricorrono spesso esattamente come l'eguaglianza, i diritti sociali e tanti altri ancora che sono al pari meritevoli di tutela⁷⁸.

Par. 2. - I nodi del dialogo giurisprudenziale per la mancata armonizzazione degli scopi tra politica e diritto. Il prevalere degli interessi economici e finanziari dell'Unione europea.

⁷⁶ CORTE GUE Sent. n. 19 giugno 1990, causa C 213/89, *Factortame*, in www.dizie.eu.

⁷⁷ DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

⁷⁸ LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'era repubblicana*, Laterza Editore, Roma-Bari, 2012.

Il fondamento dell'Unione europea è da individuarsi nel bisogno di circoscrivere uno spazio unitario comune a tutti i cittadini, soggetti, imprese, istituzioni che ne fanno parte e che sono attivi all'interno dei suoi confini⁷⁹.

L'intera struttura poggia sui c.d. tre pilastri: uno spazio unitario che si fonda su di una idea economica comune; un'idea sociale comune; e un'idea di giustizia comune.

Tale spazio unitario e comune, a partire da quello economico che ne costituisce il suo carattere più evidente e storicamente più saldo, non sarebbe stato possibile senza l'utilizzo di strumenti di armonizzazione del diritto esistente all'interno dei singoli Stati membri o di produzione di nuovo diritto nelle materie non previste dai diritti nazionali⁸⁰. Soltanto così è possibile riferirsi allo sviluppo in molti settori dei rapporti economici e sociali e della nascita e della costituzione di un vero e proprio diritto europeo⁸¹. Tuttavia, rispetto alla forma di tale diritto, come corpo giuridico di norme, non è facile e agevole una qualificazione precisa, prima di tutto perché il termine racchiude in sé modelli diversi. Non è facile descrivere precipuamente il concetto di diritto europeo rispetto al concetto paradigmatico di sistema giuridico, poiché ad esso si allegano una molteplicità di fonti cui il diritto di produzione europea fa riferimento in base al Trattato, per quanto concerne la regolamentazione dei rapporti e del diverso tipo di incidenza del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri⁸².

Guardando ai principi generali previsti dal Trattato è possibile rinvenire, anche se in modo sfumato, il concetto di diritto europeo. Come detto, la individuazione della forma di tale diritto è complessa, esattamente come lo è la circoscrizione e la determinazione dei suoi confini di azione. Diviene ancora più

⁷⁹ STROZZI G. - MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione Europea*, Parte Istituzionale, 6° ed., Giappichelli, Torino, 2013.

⁸⁰ CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁸¹ TIZZANO A., *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino 2014.

⁸² CICONETTI S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007.

difficile il compito di dettare delle linee di confine all'idea di Europa, intesa come spazio unitario, economico sì, ma anche politico e sociale, a seguito dell'allargamento e l'entrata di nuovi Stati membri, con le prevedibili e conseguenti difficoltà di inserimento degli stessi in un contesto giuridico estraneo e nuovo.

Si può dire che il diritto europeo sia costituito dalle norme introdotte da fonti comunitarie atte a disciplinare in maniera settoriale alcuni tipi di rapporti; dalla presenza talvolta parallela ed in alcuni casi sovrapposta, del diritto interno degli Stati membri; dai principi del trattato dell'Unione e della Comunità economica; dalle tradizioni giuridiche dei vari ordinamenti. Assume un ruolo fondante e basilare nello sviluppo della costruzione dell'Europa il diritto inteso come produzione di norme e rappresenta un punto di riferimento da cui partire ai fini della riflessione qui posta. Il diritto comunitario, senza dubbio resta saldo nell'origine internazionalistica degli accordi istitutivi delle Comunità, alla costruzione di un mercato interno e può essere utile riferirsi a un diritto contrattuale europeo.

L'evoluzione dell'Unione europea è caratterizzata dal dispiegarsi di un percorso di elaborazione giuridica in cui, a causa di una evidente carenza di un centro unitario di produzione normativa, si contrappone una molteplicità di regole che costituiscono l'ordinamento giuridico comunitario e così questo si caratterizza per essere un prodotto composto da norme che si sono stratificate nel tempo e non sempre sono coordinate tra loro⁸³. Dunque, per cercare di ridurre drasticamente le distanze tra diversi ordinamenti, nasce l'esigenza di giungere ad una regolamentazione a livello europeo⁸⁴. Appare chiaro che tale obiettivo così ambizioso non sembra realizzabile a breve o medio termine. Tuttavia, nel tempo, tale processo inevitabile, conduce alla elaborazione di un progetto tendente alla

⁸³ TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010.

⁸⁴ CONFORTI B., *Riflessioni sul diritto internazionale contemporaneo*, www.lincei.it, lezione 13 maggio 2011.

realizzazione dello scopo già menzionato: ridurre le distanze fra gli ordinamenti degli Stati membri.

A ben vedere per la creazione di una comune e unitaria coscienza giuridica europea si impone una precisa scelta metodologica che consiste in un processo normativo per tappe, al punto che questo che si presenta come un utile espediente può rappresentare invece il modo migliore per realizzarla. Nell'ambito di tale disamina occorre però affrontare alcune questioni preliminari.

Il diritto comunitario persegue due obiettivi: da una parte vi è la libertà economica intesa come libertà di attività e di stabilimento; dall'altra parte vi è l'attuazione del mercato interno, considerato come spazio economico e giuridico unitario, costituito da regole uniformi che non siano da ostacolo la circolazione di beni, servizi, capitali e persone⁸⁵. Concretamente questi due ideali della libertà economica e del mercato interno non confliggono, perchè le libertà previste dal Trattato dell'Unione Europea possono essere esercitate se il mercato interno sia completamente integrato e non vi siano ostacoli o barriere, come ad esempio la previsione di regole diverse con la conseguente disparità di trattamento giuridico riservato agli operatori economici e ai consumatori di un Paese membro rispetto al trattamento riservato a operatori e consumatori di un altro⁸⁶.

Il mercato unico però deve essere soggetto a regole uniformi affinché i suoi operatori e i suoi consumatori possano agire a parità di condizioni, così come la disciplina della concorrenza e l'armonizzazione prevista grazie alle direttive sono sintomo della funzione della realizzazione del mercato interno⁸⁷. La sua

⁸⁵ ARENA A. - BESTAGNO F. - ROSSOLILLO G. (a cura di), *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2016, pag. XVI-438, in AA.VV. (a cura di), *Codice RENEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Jovene, Napoli, 2016.

⁸⁶ DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2016.

⁸⁷ ORLANDI M., *Il commercio internazionale e la sua regolamentazione: una storia dei trattati economici e commerciali*, Milanofiori Assago, 2016.

modernizzazione e sistematizzazione va considerata quindi come un valore aggiunto alla costruzione dell'Europa unita.

Il diritto comunitario è, quindi, costituito dall'insieme di regole contenute nei regolamenti comunitari che hanno immediatamente valore precettivo nel diritto degli Stati membri. Si tratta delle regole stabilite dalle direttive comunitarie e dalle norme di attuazione nonché dalle altre fonti del diritto comunitario, comprese le regole introdotte dalle direttive non attuate ma sufficientemente dettagliate, tali cioè da creare diritti e quindi pretese direttamente azionabili in capo ai singoli; i principi del diritto comunitario, richiamati da regole del diritto interno; i modelli giurisprudenziali accreditati dai giudici comunitari.

In questo modo il diritto comunitario è il risultato di un processo in continua e incessante evoluzione. Va subito osservato che molte delle regole previste nei Trattati comunitari e generate dalle fonti di produzione del diritto comunitario riportano termini, concetti, istituti che sono previsti dagli ordinamenti di singoli Paesi membri, così come nei singoli ordinamenti è possibile intravedere principi, concetti appartenenti a culture comuni ad altri Paesi comunitari ormai a questi connaturati a causa dell'introduzione dei regolamenti o dell'attuazione nel diritto interno delle altre fonti comunitarie⁸⁸.

Per garantire una migliore certezza ed effettività delle regole tale contesto normativo, fino ad ora descritto, configura inevitabilmente un quadro complesso che deve essere unificato grazie a un *corpus* di regole omogeneo. Il complesso di norme comunitarie deve essere considerato come strumento di integrazione e di riconoscimento delle accezioni giuridiche diverse contenute negli ordinamenti nazionali⁸⁹. Certamente tali differenze ancora evidenti nelle culture giuridiche dei diversi Paesi membri rappresentano un grande ostacolo ai fini

⁸⁸ RINOLDI D., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel diritto dell'integrazione europea*, Jovene, Napoli, 2012.

⁸⁹ CONTI R., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sopranazionali*, in *Quest. giust.*, n. 4 del 2016.

dell'integrazione giuridica, ma possono essere considerate anche da un altro punto di vista. Possono infatti costituire un motivo di ricchezza culturale, data da un patrimonio costituito dalla compresenza di culture diverse dalla complessità che ne deriva nello sviluppo dei concetti e degli istituti giuridici che compongono l'orizzonte comune.

Secondo quanto appena detto il processo di formazione e di sviluppo del diritto comunitario non concepisce il diritto interno come ostacolo all'armonizzazione e all'uniformazione, ma anzi è in grado di portare nuova linfa al diritto nazionale, grazie a nuovi concetti e nuove prospettive di cui ne risulta arricchito. Il modello destinato a stabilizzarsi diviene così il frutto della compresenza di un insieme di regole, in parte uniformi ed in parte diverse, che in ogni caso presuppone l'influenza del diritto dei singoli Stati membri⁹⁰. È così che il diritto comunitario assume i suoi caratteri, perché si appropria delle tradizioni e delle contaminazioni proprie dei diritti nazionali e costituisce la base per il futuro della formazione unitaria del diritto contrattuale europeo perché elemento essenziale di una identità sia nazionale che europea⁹¹.

Secondo questo possibile orizzonte si evidenziano due tipi di problemi relativi alle armonizzazioni sia nell'ambito delle norme comunitarie sia tra gli ordinamenti nazionali, con riferimento alle norme di derivazione comunitaria e alle modalità di recepimento nel diritto interno. Inoltre, in tema di armonizzazione, il diritto comunitario, rispetto al diritto degli Stati membri, fa riferimento ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

Per quanto concerne l'opera di armonizzazione c'è da considerare che, tra gli scopi perseguiti dall'Unione europea, vi è quello noto della realizzazione di un mercato comune e unico come strumento adatto a incrementare gli *standard*

⁹⁰ D'AMICO G., *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.

⁹¹ D'ANDREA L. - MOSCHELLA G. - RUGGERI A. - SAITTA A. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016.

di vita dei cittadini e raggiungere una adesione economica e sociale tra i diversi Stati membri. E si badi bene che ponendo il mercato come riferimento primario di questo modello, la persona umana viene ad essere collocata in subordine alle esigenze economiche del mercato. Si tratta, in buona sostanza, di un'antinomia concettuale.

Le istituzioni dell'Unione europea per il raggiungimento dello scopo di integrazione hanno la possibilità di fare ricorso a una serie di strumenti e tra questi figura *l'approssimazione delle leggi* degli stessi Stati membri. È proprio questa approssimazione che assume il nome di armonizzazione.

Per armonizzazione si intende il procedimento tramite il quale si rende possibile il perfezionamento degli ordinamenti giuridici e delle disposizioni normative nazionali che disciplinano a loro volta una determinata materia, per la realizzazione di un fine comune⁹². Tale attività di armonizzazione non è soltanto una semplice unificazione o una sostituzione di ogni norma legislativa afferente a una determinata materia, ma mira a rimuovere le divergenze più significative che possono restringere l'azione delle libertà fondamentali e che possono essere da ostacolo a una sana concorrenza tra gli Stati⁹³. Secondo il punto di vista giuridico-comunitario, infatti, per armonizzazione ci si riferisce al modo in cui avviene un ravvicinamento.

Appare opportuno precisare che, ai fini di una corretta interpretazione del concetto di armonizzazione, è necessario, rifacendoci alle coordinate del diritto comunitario, distinguere i diversi fini tra i concetti di ravvicinamento e unificazione.

⁹² Dai commenti alla Carta di AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di MASTROIANNI R. - POLLICINO O. - ALLEGREZZA S. - PAPPALARDO F. - RAZZOLINI O., Giuffrè, Milano 2017.

⁹³ CAPONI G. - CAPUOZZO V. - DEL VECCHIO I. - SIMONETTI A., *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*, in www.federalismi.it.

L'*unificazione* si attua attraverso regolamenti, cioè con atti legislativi comunitari obbligatori e immediatamente applicabili nell'ordinamento giuridico dei singoli Stati membri che non lasciano alcun margine di apprezzamento discrezionalità al legislatore nazionale.

Il *ravvicinamento*, invece, si realizza per mezzo l'applicazione delle direttive che sono il mezzo principale per rendere più vicine le legislazioni nazionali in previsione degli scopi perseguiti dall'Unione europea. Visto che le direttive devono essere applicate nel diritto interno, queste sono caratterizzate da un certo grado di flessibilità per adeguare le disposizioni comunitarie agli istituti previsti dall'ordinamento all'interno nel quale le norme comunitarie sono destinate a operare.

Inoltre, sul piano degli effetti normativi le direttive comportano una particolare gradualità di armonizzazione così da poter realizzare un ravvicinamento più ampio possibile, dando ai legislatori degli Stati membri un margine di autodeterminazione.

Quanto finora esposto mette in evidenza quanto l'armonizzazione sia inteso come un mezzo efficace a disposizione dell'Unione europea per realizzare gli obiettivi di cui all'art. 14 del Trattato CE. E allo stesso modo anche la realizzazione di un mercato unico potrebbe essere concretizzata grazie alla predisposizione di una base comune di diritto, partendo dalle previsioni di carattere commerciale e contrattuale che possa essere utile al fine di rimuovere le differenze esistenti tra i vari ordinamenti giuridici dei diversi Stati dell'Unione europea. Bisogna difatti puntualizzare che lo scopo dell'attività di armonizzazione non è l'accorpamento delle disposizioni normative che disciplinano una determinata materia, ma che vi è un livello tale di ravvicinamento che mira alla rimozione degli ostacoli che non permettono la realizzazione del mercato interno a danno delle imprese e dei consumatori. Tutto questo conferma che l'azione dell'Unione europea deve potersi esercitare entro i limiti posti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Nel tempo grazie anche all'attività di armonizzazione del diritto comunitario si è assunta da parte degli Stati membri una consapevolezza del terreno giuridico comune. Questa piena coscienza della centralità del diritto contrattuale è anche fondata sull'esistenza del mercato unico e la circolazione di una moneta unica nella maggior parte degli Stati membri. Infatti, lo spazio economico comunitario rappresenta un terreno propizio per la creazione di un diritto contrattuale uniforme.

Sembra dunque necessario un importante intervento comunitario, la cui ampiezza e la modalità devono essere stabilite, ma senza dubbio è d'obbligo un'armonizzazione compatibile con il principio di sussidiarietà che potrebbe comportare l'introduzione di modelli di tutela più ampi per divenire così un buon riferimento per il diritto degli Stati membri. Per tale ragione, la Commissione europea, ha pensato di corredare il processo di armonizzazione di un quadro generale di regole. Non è chiaro se tale intervento legislativo armonizzatore lasci spazi più o meno ampi ai singoli Stati affinché si adeguino alle regole interne, ma è chiara l'esigenza prospettata nei lavori della Commissione diretta alla rimozione di ostacoli e barriere alla concretizzazione del mercato interno. I problemi che nel tempo si sono posti di armonizzazione nel diritto comunitario, possono essere risolti avendo una maggiore attenzione alla formulazione delle norme.

Spesso l'approvazione di emendamenti, la cui formulazione non è sempre univoca, ha imprevedibili conseguenze sulla struttura dei testi giuridici. Questi testi infatti sono tradotti in varie lingue e si sostanziano in direttive che fissano obiettivi da raggiungere, lasciando un certo margine a nozioni giuridiche nazionali che spesso hanno significati diversi e sono interpretati a seconda dei vari sistemi giuridici, ottenendo quindi un risultato diverso rispetto all'armonizzazione auspicata. Questi testi comunitari poi hanno un carattere settoriale e ciò ha riflessi diretti sul diritto interno dei singoli paesi e si verifica che le modifiche apportate dal loro recepimento portano a una sovrapposizione

di regole. Resta quindi alla giurisprudenza l'arduo compito di una sistematizzazione in modo da conferire coerenza all'interno del sistema, allorché venga chiamata a decidere l'individuazione e l'applicazione della regola giuridica del caso.

Per rendere davvero il diritto accessibile a tutti i cittadini l'iniziativa della Commissione è quella di uniformare il diritto contrattuale a livello europeo e mira alla coerenza per semplificare e armonizzare le regole europee e nazionali. Un presupposto insuperabile è l'emanazione di una normativa armonizzata nell'area del contratto caratterizzato da una terminologia giuridica uniforme a livello europeo. Sembra evidente l'urgenza di tale attività armonizzatrice, perché le divergenze normative tra gli Stati membri possono generare ostacoli insuperabili limitando gli scambi all'interno del Mercato europeo. Basti pensare che le divergenze normative potrebbero generare negli operatori commerciali diffidenza e rischio nello svolgere transazioni economiche transnazionali. È certo, secondo le istituzioni comunitarie, la volontà di dare vita a norme uniformi, in modo da permettere velocità e aumento di volume della circolazione di beni e capitali, accompagnata alla riduzione dei costi, beneficio importante nel processo di completamento del Mercato comune europeo. Purtroppo, la proposta di prevedere una normativa comune europea sui contratti, come pensata dalla Commissione europea, è stata subito limitata dal mancato accordo sui concetti normativi e su istituti giuridici convenzionali.

Concludendo, per una corretta attività di armonizzazione comunitaria che a cui si ambisce da tempo, è necessaria una approfondita conoscenza della situazione odierna, basata su una scrupolosa raccolta di dati rispetto alla modalità con la quale i termini giuridici sono stati usati dal legislatore comunitario per poi verificare il corretto ricorso ai termini giuridici nel procedimento di attuazione dei diversi legislatori nazionali.

Par. 3. - *La ricerca di omogeneità normativa e di coerenza sistematica in una comune regolamentazione continentale.*

Quando si parla di “sistemi di norme” spesso si suole riferirsi al rapporto vigente tra CEDU, diritto dell’Unione europea (o diritto “eurounitario”) e diritto interno.

Comprendere le complesse relazioni porta a verificare se si possa operare una loro riconduzione a “sistema”, dando vita cioè ad un “sistema di sistemi”⁹⁴.

Quando si parla di Stati c.d. “composti” ci si vuole riferire a quegli ordinamenti caratterizzati da un ampio pluralismo normativo e istituzionale, ecco perchè in questo caso è possibile parlare di “sistema dei sistemi” che in realtà viene a coincidere con quello statale⁹⁵.

Visti i rapporti che l’ordinamento statale intrattiene con altri sistemi si può pensare ad esso come ad un’unità “semplice” nelle sue proiezioni a livello sovranazionale. Non sempre l’integrazione tra sistemi fa sì che vi sia una riduzione ad unità degli elementi che costituiscono il sistema stesso. Se si verifica un certo livello di integrazione i sistemi, infatti, possono rimanere distinti, separati e, ciononostante, farsi appunto individualmente “sistema”. Tale considerazione parte dall’assunto secondo il quale la Costituzione è in realtà un insieme di valori fondamentali positivizzati ai quali si associano altre norme, le quali, tutte insieme, compongono un sistema armonico costituito da parti distinte dove ciascuna rimanda all’altra dando vita appunto ad un “sistema”. Ad esempio, le norme cosiddette organizzatorie presuppongono di essere continuamente riportate alle norme cosiddette sostantive dalle quali traggono la loro giustificazione.

Le regole sulla normazione e quindi gli atti ed i fatti di produzione giuridica che da queste dipendono sono tali se si dimostrano capaci di garantire

⁹⁴ DANIELE L., *Diritto dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁹⁵ CAPOTORTI F., *Interferenze tra la Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed altri accordi, e loro riflessi negli ordinamenti interni*, in *Comunicazione e studi*, XII, 1966.

una tutela adeguata ai valori fondamentali dell'ordinamento e in particolare ai diritti. Solo questo, dopo tale breve ragionamento, è il modo appropriato di parlare e di definire la *Costituzione come "sistema"*, un sistema nel sistema, come, appunto, nocciolo duro del sistema.

Spostando l'attenzione invece al modo con cui un organismo sistematico può prendere forma è necessario stabilire una prospettiva precisa a tale riguardo. È senza dubbio un problema metodologico, perché guardando dall'uno o dall'altro sistema possono sembrare diverse le relazioni che intercorrono tra loro. Il problema è che ogni singolo sistema veda le cose dal proprio punto di vista e ciò comporta il primato del sistema stesso rispetto alla generalità dei sistemi. È possibile parlare di "sistema dei sistemi" avendo come punto di riferimento il nostro ordinamento e, in particolare, riferendosi a quell'osservatorio privilegiato che è dato dalla giurisprudenza costituzionale.

Per quanto attiene agli altri punti di vista, rinvenibili in ambito interno dei quali si fa menzione all'interno della giurisprudenza comune, questo accade per due motivi. Il primo è che questa giurisprudenza è spesso di difficile sistemazione e di complesso reperimento. Il secondo motivo è che la giurisprudenza stessa ha risentito e ancora risente dell'influenza culturale esercitata dagli indirizzi della Consulta, la quale è anche soggetta agli effetti degli sviluppi che spesso risultano non coincidenti, con la conseguente modifica dei propri orientamenti, anche se è più forte l'influenza esercitata dalla giurisprudenza costituzionale nei confronti di quella comune. Grazie anche alla sua maggiore visibilità e alla sua autorevolezza la giurisprudenza costituzionale è spesso il riferimento principale della giurisprudenza delle Corti europee e ne comporta spesso la sua modifica.

Quello richiamato si presenta come un dato importante ai fini di questa disamina, perché è utile per comprendere meglio le relazioni intersistemiche. Si è detto che ogni sistema ha sì un proprio punto di vista e che questi non sono

sempre coincidenti o convergenti tra loro e ciò è dovuto al continuo “dialogo” che è sempre arricchito dalle Corti “costituzionali”.

Nell’ambito di tale dialogo ogni sistema concede un po' di spazio al proprio interno agli altri sistemi se da parte di questi sia garantita una più appropriata tutela ai diritti. Si può dunque parlare di una specie di ruolo “sussidiario” che ciascun sistema ritaglia per sé in rapporto agli altri, concedendosi la possibilità di farsi spazio, qualora sia maggiormente capace di appagare e garantire maggior tutela ai diritti stessi.

Appare invece più complesso il quadro che riguarda le norme sostantive, cioè il modo con cui sono considerati e fatti rispettare i beni della vita salvaguardati dalle norme stesse, campo animato sì da convergenze, ma anche da divergenze significative, caratterizzanti le specificità culturali e positive del singolo sistema. È un continuo processo di *ricerca di un equilibrio tra uniformità e differenziazione nella salvaguardia dei diritti, teso alla concretizzazione di una unitaria e comune legislazione continentale, anche grazie ai vivaci rapporti di dialogo che il diritto interno intrattiene, rispettivamente, col diritto “eurounitario” e col diritto convenzionale.*

La Corte EDU ha come scopo quello di conciliare il fondamento dei diritti riconosciuti al livello europeo con la tutela e la conservazione delle specificità culturali proprie dei singoli ordinamenti nazionali. Nel tempo trova spazio un particolare modello che va promuovendosi che è quello di una specie di *“federalizzazione dei diritti”*, cioè un modello generale di organizzazione che chiama in causa sia la struttura degli Stati al proprio interno, ci si riferisce ai rapporti che in ciascuno di essi sviluppano tra centro e periferia, sia nelle sue proiezioni esterne, cioè ancorate alle relazioni sovranazionali.

Invero, all’interno degli sviluppi dell’integrazione europea odierna appare evidente la predisposizione alla omologazione delle discipline positive ed alla convergenza degli orientamenti giurisprudenziali. Grazie al continuo e reciproco confronto, anche se talvolta si appalesa come scontro con la realtà

europea, i modelli costituzionali nazionali sembrano non perdere la propria identità culturale che anzi viene in qualche modo confermata e addirittura rigenerata.

Riteniamo interessante a questo punto sottolineare due profili.

Il primo è dato dal costante sforzo di proteggere quest'equilibrio che non è sempre stabile tra uniformità e differenziazione. Questo è lo strumento grazie al quale i diritti possono essere salvaguardati nella loro interezza. Un impegno che richiede dedizione a ciascun livello istituzionale da parte di tutti, giudici "costituzionali" e giudici comuni. Il perfezionamento del "sistema di sistemi" si coglie proprio nel suo essere ed interamente risolversi, nel corso delle vicende riguardanti i diritti, in una ricerca del *sistema*, vale a dire del modo con cui si renda possibile fissare, in un processo che non ha mai fine, i punti di equilibrio degli interessi in campo, di quell'equilibrio dei *punti di vista*, portando all'emersione in primo piano ciò che di meglio ciascuno di essi possiede ed esprime, per lasciare in ombra ciò che invece fa da ostacolo all'affermazione della più "intensa" tutela dei diritti.

Il secondo è relativa alla circostanza per cui, mentre nei riguardi dell'Unione (e, per ciò pure, della sua giurisprudenza) la Consulta tiene un atteggiamento assai cauto e persino deferente, assumendo che davanti ai suoi atti l'ordine interno sia tenuto *per sistema* a piegarsi, dandovi pronta e puntuale osservanza. Di contro assai più flessibile è l'atteggiamento manifestato in ordine ai rapporti con la Convenzione EDU, e il suo organo di controllo la Corte di Strasburgo, secondo quanto si è sopra mostrato, accennando al carattere circoscritto dell'obbligo gravante sulla stessa Corte costituzionale e, dunque anche sui giudici comuni, di prestare ossequio alla sola "sostanza" della giurisprudenza europea.

Ora, lasciando da parte lo scenario ad oggi imprevedibile che potrebbe aversi per effetto della prevista e auspicata adesione dell'Unione alla CEDU, una siffatta e rigida distinzione di regimi appare meritevole di un critico

ripensamento, ove appunto si convenga a riguardo del mutuo, incessante processo di rigenerazione semantica che si intrattiene tra le Carte e le Corti, tanto più se si considera che lo stesso giudice dell'Unione dichiara di voler cospicuamente attingere al giudice di Strasburgo riversando quindi nei propri atti il frutto dell'influenza culturale da quest'ultimo esercitata⁹⁶. Il quale giudice, peraltro, dal suo canto, si appoggia alla giurisprudenza della Corte dell'Unione, in tal modo arricchendo e rinnovando il circolo interpretativo nel quale ovviamente s'immettono anche le suggestioni che vengono dagli ambienti nazionali.

La vicenda è in corso e non è dunque agevole prevederne i prossimi, probabili sviluppi. Non rari sono, invero, gli irrigidimenti, da una parte e dall'altra che non consentono di disporsi ad un ascolto non preorientato nei riguardi delle ragioni dell'altro, del diverso punto di vista di cui esse sono espressione. Il "dialogo" è non di rado apparente, traducendosi piuttosto in un doppio o plurimo monologo tra coloro che parlano lingue diverse prive di capacità di comunicazione.

Vi sono alcuni indici esteriori che ad un occhio vigile e sensibile consentono di percepire la pervicace refrattarietà ad un vaglio del punto di vista altrui non viziato in partenza da remore. Un punto di vista che può, poi, anche non essere accolto ma solo a seguito della sua accurata e serena considerazione. Così, i richiami non sempre fino in fondo fedeli bensì alle volte "filtrati", selezionati, dalla giurisprudenza altrui rendono testimonianza di resistenze legate a tradizioni culturali sottratte in partenza alla loro possibile revisione. O, ancora, l'orgogliosa rivendica di un primato culturale e positivo che si ritiene assiomaticamente spettare all'ordinamento di appartenenza, nasconde male quel proposito volto alla improduttiva chiusura in sé stessi da cui forse nascono i maggiori pregiudizi per i diritti.

⁹⁶ MASIERO A.F., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, www.penalecontemporaneo.it, 7 agosto 2017.

Vero è che la giurisprudenza costituzionale allo stato attuale del suo sofferto processo di maturazione appare altalenante, alla ricerca di una identità e stabilità ancora non raggiunte fino a quando non saprà decidersi a riguardo del piano, se quello della teoria delle fonti ovvero l'altro della teoria dell'interpretazione, al quale ambientare le relazioni intersistemiche e del metodo cui ricorrere.

Par. 4. - *Ragioni e conseguenze dell'assenza di fonti legislative (in senso proprio) europee. Il rischio di una espansione incontrollata del ruolo del giudice.*

Svolta la necessaria premessa sull'evoluzione normativa che ha dato sviluppo all'attuale assetto ordinamentale europeo, occorre passare all'analisi dei rapporti tra legge e giudice che nel tempo si sono sviluppati secondo la *law in action*.

E' innegabile il fatto che il giudice ha assunto un ruolo normativo attraverso l'interpretazione giudiziale che si indirizza verso un "nuovo ordine" delle fonti del diritto in ambito europeo, soprattutto a partire dai diritti fondamentali della persona, come già si è detto, che rappresenta il fulcro dell'azione giurisdizionale sovranazionale.

Un primo momento di riflessione concerne il problema dell'indeterminatezza dei rinvii incrociati previsti nella Costituzione italiana, nella Convenzione EDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, inevitabilmente, consente la possibilità di prese di posizione alternative, spesso confliggenti tra loro, in ragione della mancata caratterizzazione di una gerarchia tra queste fonti del diritto.

Inoltre, in tema del dialogo tra le Corti, anche al fine di sottolinearne gli eventuali limiti funzionali, è importante verificare in concreto che la questione sia stata affrontata nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, dalla Corte EDU e dalla Corte GUE.

Su versante normativo si è intanto assistito a un processo di positivizzazione dei diritti fondamentali, particolarmente complesso e strutturato su molteplici piani differenti. Nello specifico, si è instaurato un processo di vera e propria “costituzionalizzazione” del diritto grazie anche a una pluralità di Carte dei diritti favorite da diverse organizzazioni sovranazionali di sicuro rilievo⁹⁷. Queste carte dei diritti sono formalmente indipendenti tra loro, non hanno vita a sé, poiché si aprono costantemente al riconoscimento reciproco e al rispetto dei diritti fondamentali previsti nelle Carte costituzionali nazionali.

Nel corso del tempo, inoltre, numerosi Stati hanno inserito nella propria Costituzione una particolare forma di rinvio recettizio al diritto internazionale e sovranazionale. Così facendo si è strutturata una trama di rinvii incrociati, grazie alla quale oggi, una completa e profonda tutela dei diritti fondamentali può essere realizzata soltanto mediante l’intersezione tra fonti nazionali, internazionali e sovranazionali del diritto. Si è in tal modo passati da una situazione di netta separazione tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale ad uno stato in cui queste diverse carte dei diritti, in relazione tra loro, si influenzano a vicenda e si completano reciprocamente, conducendo all’estensione dell’elenco dei diritti fondamentali e ad una loro tutela più efficace e completa⁹⁸. Una sorta di omogeneità inaspettata delle discipline costitutive dei diversi Stati nazionali.

Se da una parte questo processo ha portato ad un arricchimento della trama dei diritti, contemporaneamente, l’aumento talvolta “disordinato” delle fonti del diritto in materia di diritti fondamentali, ha finito per oscurare la tradizionale teoria delle fonti, quella teoria stato-centrica che caratterizza la “modernità giuridica” e che considera comunemente l’ordinamento giuridico come un insieme attivo di norme contraddistinto da unità, coerenza e

⁹⁷ VOGLIOTTI M., *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁹⁸ CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006.

completezza⁹⁹. Il più delle volte, infatti, questo disordine delle fonti in materia di diritti fondamentali è dovuto sì al loro aumento, ma anche alla mancanza di una “norma di riconoscimento di sistema” che possa descrivere chiaramente le loro relazioni. Difatti, i rinvii incrociati contenuti nelle costituzioni nazionali o nelle carte dei diritti internazionali e sovranazionali solitamente non stabiliscono una univoca gerarchia tra le fonti, ma spesso, anzi, si limitano solo a prevedere in maniera generica, la “maggior tutela” dei diritti eventualmente prevista in altre fonti¹⁰⁰.

Da ciò ne deriva che la teoria delle fonti necessita sempre più di un’integrazione da una teoria e in particolare, da una teoria dell’interpretazione giudiziale¹⁰¹. Così, grande responsabilità viene affidata principalmente ai giudici, i quali hanno il compito di armonizzare, in via interpretativa, la pluralità complessa di fonti in materia di diritti fondamentali e, nel caso, di stabilire quale di queste fonti debba prevalere in una situazione di conflitti normativi, che non possono essere evitati mediante l’“interpretazione conforme”¹⁰².

Quindi, i giudici hanno l’importante onere della costruzione del nuovo ordine giuridico, talvolta reso ancora più complesso a causa degli spazi giuridici differenti. E l’attività dei giudici che consta essenzialmente nel “dialogare” comporta un confronto e talvolta uno scontro tra loro, sia sul merito dei diritti che necessitano di tutela, prestando attenzione al loro contenuto e ai loro limiti, sia sui criteri necessari ai fini della costruzione di un ordine tra le fonti. C’è da notare che le più importanti dottrine che hanno ad oggetto il tema dell’“integrazione” tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale e i rapporti di “cooperazione” tra le diverse Corti, sono tutte frutto di elaborazione

⁹⁹ RUGGERI A., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. VIII Studi dell’anno 2004*, Giappichelli, Torino, 2005

¹⁰⁰ MAZZARESE T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹⁰¹ BOBBIO N., *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960.

¹⁰² GUASTINI R., *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

giurisprudenziale. In particolare, ad esempio, la dottrina dei “controlimiti”, quella delle “norme interposte”, quella del “margine di apprezzamento”.

Apparentemente tale dialogo potrebbe sembrare solo occasionale e isolato, perché limitato ai casi di conflitto tra diritti che non possono essere evitati mediante la tecnica dell’interpretazione conforme, ma in realtà tale “dialogo” tra le Corti, che ha poi la finalità della costruzione di un “nuovo ordine” delle fonti, è importante e dovrebbe essere costante, dal momento che il risultato dell’interpretazione conforme è in funzione dell’ordine da conferire alle fonti che necessitano di armonizzazione.

Ad oggi, ci si chiede se le già citate dottrine di natura giurisprudenziale siano efficaci e sufficienti a organizzare e a stabilire ordine in un sistema giuridico complesso e articolato come quello attuale. Si comprende quindi l’importanza di esaminare il ruolo dei giudici e i limiti del “dialogo” tra le Corti, ai fini di una indagine completa sulla ricerca del già citato “nuovo ordine” delle fonti in materia di diritti fondamentali. Tale riflessione, avrà ad oggetto l’osservazione del contesto europeo e in particolare i rapporti tra diritto nazionale internazionale prodotto nell’ambito del Consiglio d’Europa e diritto sovranazionale dell’Unione europea. In particolare, ci si concentrerà sui rinvii incrociati previsti nella Costituzione italiana, nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU) e nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Carta dei diritti UE) e poi sulla giurisprudenza delle corti chiamate a garantire la tutela dei diritti stabiliti in queste fonti del diritto, rispettivamente, la Corte costituzionale italiana, la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) e la Corte di giustizia dell’Unione europea (Corte GUE).

C’è da precisare a riguardo che il fatto che le norme di rinvio previste nella Costituzione italiana, nella CEDU e nella Carta dei diritti UE siano molto generiche, fa sì che accresca l’importanza del ruolo dei giudici e dell’interpretazione giudiziale nella descrizione dei rapporti tra diritto nazionale,

internazionale e sovranazionale. Dunque, sarà necessario avere uno sguardo sulle posizioni espresse nel tempo dalla Corte costituzionale italiana, dalla Corte EDU e dalla Corte GUE su queste relazioni, tenendo conto certo di taluni limiti del “dialogo” tra le Corti che inevitabilmente fuoriescono dalle posizioni giurisprudenziali considerate. Accade dunque che la Costituzione italiana, la CEDU e la Carta dei diritti UE interagiscono tra loro, anche al di là di un “sistema” che appare ordinato. Volgendo lo sguardo all’insieme dei rinvii incrociati tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale, è possibile scorgere un certo grado di incertezza soprattutto perché questi rinvii non prevedono e chiariscono criteri da utilizzare in caso di conflitto.

Sono tre le principali disposizioni normative previste all’interno della Costituzione italiana che richiamano espressamente il diritto internazionale. Il primo è l’art. 10, c. I, secondo il quale il diritto italiano deve conformarsi alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (ovvero allo *jus cogens* di natura consuetudinaria); il secondo è l’art. 11, in base al quale l’Italia “*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*” e “*promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”; il terzo infine, è l’articolo 117, c. I, che prescrive al legislatore (nazionale e regionale) di esercitare la potestà legislativa “*nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”.

Appare intuitivo come nessuno di questi tre articoli riporti dei criteri utili a comprendere come risolvere eventuali conflitti tra norme costituzionali e norme internazionali o sovranazionali. Inoltre, non vi sono riferimenti espressi rispetto ai limiti entro i quali il diritto nazionale debba conformarsi agli obblighi derivanti dal diritto internazionale o dal diritto UE nel caso in cui siano in conflitto con la Costituzione. Ancora, nel caso in cui ci sia un contrasto tra loro, non c’è nessun riferimento alla gerarchia tra i vincoli derivanti dal diritto UE e quelli derivanti dal diritto internazionale.

L'articolo 53 della CEDU prevede il principio della maggior tutela dei diritti. Difatti, tale articolo sancisce che nessuna delle disposizioni della CEDU *“può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi”*.

Non c'è invece un riferimento specifico all'UE, perché, com'è noto, quando è stata adottata la CEDU, nel 1950, ancora non esistevano nemmeno le Comunità Europee (CEE, CECA ed EURATOM). Certamente, l'adesione all'UE fa parte degli accordi dai quali possono nascere vincoli rilevanti ai sensi dell'articolo 53 della CEDU, infatti la Corte EDU si è pronunciata su questioni in merito alla compatibilità tra gli obblighi degli stati derivanti dalla CEDU e quelli derivanti dal diritto UE. Come si può notare, nemmeno l'articolo 53 della CEDU stabilisce dei criteri di gerarchia utili a risolvere eventuali conflitti tra la CEDU e altre fonti nazionali, internazionali o sovranazionali in merito ai diritti fondamentali. Il problema è che il principio della maggior tutela dei diritti spesso non basta nell'ambito di un conflitto, ciò che è in dubbio è proprio capire quale fonte garantisca una maggiore tutela dei diritti fondamentali di cui si denuncia la violazione.

L'articolo 53 della Carta dei diritti UE sembra che presenti il medesimo limite. Ancora, anche l'articolo 52 della Carta stessa non prevede criteri più espliciti, infatti rinvia sia alla CEDU che al diritto nazionale. Nello specifico, infatti, il terzo comma dell'articolo 52 sancisce che, nel caso in cui la Carta dei diritti UE *“contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [Cedu], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione”*. Ancora, il quarto comma stabilisce invece che, nel caso in cui la Carta dei diritti UE *“riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni”*.

Tuttavia, questi due commi presentano degli aspetti problematici, perché lasciano aperte una serie rilevanti di questioni. Ad esempio, il terzo comma

sembra dare per scontata la perfetta coincidenza del significato dei diritti che sono previsti sia nella CEDU che nella Carta dei diritti UE, senza invece tener conto delle differenze riguardo alla formulazione delle disposizioni che li enunciano sia nell'uno che nell'altro documento. Se non avverrà la formale adesione dell'UE alla CEDU, stabilita dall' articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) e che potrebbe risolvere le frequenti rivalità tra Corte EDU e Corte GUE, il rinvio al significato e al contenuto dei diritti previsti nella CEDU non sembra poter essere veramente conclusivo. Invece, il quarto comma si presenta indeterminato perché prevede una definizione troppo generica del concetto di *"tradizioni costituzionali comuni agli stati membri"*.

Infine, il terzo e il quarto comma dell' articolo 52 appaiono i più controversi perchè non considerano che alcuni diritti presenti sia nella CEDU che nelle tradizioni costituzionali di uno o più Stati membri, spesso sono previsti in modo diverso e talvolta confliggono nell'una e nelle altre.

In tale situazione problematica, quindi, si comprende come i giudici, nella loro attività debbano considerare una molteplicità di fonti nazionali, internazionali e sovranazionali che spesso declinano i diritti fondamentali in modi differenti, senza però avere a disposizione dei criteri per trovare una soluzione pacifica e univoca in caso di eventuali conflitti normativi. E quindi, le relazioni gerarchiche tra fonti e tra norme derivano dalle attività interpretative dei giuristi e di chi applica in concreto il diritto. È questo uno dei motivi per cui queste relazioni gerarchiche spesso sono indeterminate e incerte.

Roberto Bin evidenzia, infatti, che: *"è nella natura stessa del sistema pluricentrico che possano convivere opinioni diverse circa la tipologia delle relazioni tra atti normativi provenienti da sottoinsiemi diversi"*¹⁰³.

Tali opinioni risultano talvolta differenti a seconda della Corte che le esprime. L'ordine di priorità e la gerarchia tra fonti nazionali, internazionali e

¹⁰³ BIN R., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

sovrnazionali in materia di diritti fondamentali non dovrebbe essere stabilito genericamente, ma dovrebbe essere declinato di volta in volta a seconda della maggior tutela che ciascuna di esse può garantire al diritto.

Va detto che la “gerarchia assiologica mobile” della tecnica del bilanciamento tra principi o tra diritti potrebbe rappresentare un criterio guida nella risoluzione di eventuali divergenze tra fonti del diritto. Da qui, ad esempio, quanto affermato da Antonio Ruggeri secondo il quale, quando si tratta di diritti fondamentali, *“nessun ordine gerarchico precostituito può intravedersi tra le norme in ragione della loro provenienza o della loro forma (e, perciò, in buona sostanza, della fonte da cui sono prodotte)”*, perchè *“ciò che solo conta è stabilire di volta in volta dove si appunta la tutela migliore per i diritti”*¹⁰⁴.

Ruggeri fa riferimento all’idea di una “gerarchia assiologica mobile” delle fonti, fino a ipotizzare il superamento della gerarchica tramite un passaggio *“dalla forza delle fonti alle ragioni dell’interpretazione”*. Secondo tale impostazione la teoria dell’interpretazione sarebbe lo strumento più adatto a garantire la maggiore tutela possibile dei diritti, in quanto si presenta il più flessibile della teoria delle fonti che è invece *“per sua natura portata a sistemare in scala le fonti stesse, stabilendo ordini di priorità astrattamente e rigidamente fissati”*¹⁰⁵. In particolare, Ruggeri rinvia alla tecnica dell’interpretazione *“circolarmente conforme”* che è il motore principale del processo di integrazione e armonizzazione tra fonti nazionali, internazionali e sovranazionali del diritto in materia di diritti fondamentali, secondo cui le varie Carte dei diritti dovrebbero essere interpretate reciprocamente secondo un *“moto”* non verticale ma circolare. Secondo il suo parere, infatti, *“non dandosi alcun primato dell’una sull’altra Carta”*, nessuna di esse può *“porsi in modo esclusivo quale parametro dei processi interpretativi”*.

¹⁰⁴ RUGGERI A., *L’interpretazione conforme e la ricerca del sistema dei sistemi come problema*, in www.rivistaaic.it, 30 maggio 2014.

¹⁰⁵ RUGGERI A., *L’interpretazione conforme cit.*

Anche se appaiono sostenibili dal punto di vista normativo tali tesi presentano degli aspetti problematici dal punto di vista teorico. Sembra, infatti, che una rigida contrapposizione tra il piano della teoria delle fonti e quello della teoria dell'interpretazione, non si considerino le loro interazioni e influenze reciproche. Ancora, la tecnica dell'interpretazione circolarmente conforme pare che non risolva la problematica relativa alle eventuali divergenze tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale in materia di diritti fondamentali ma semplicemente aggira l'ostacolo, rinviandolo dal piano della teoria delle fonti a quello della teoria dell'interpretazione. Così, tale passaggio di piani sembra che appunto non risolva il problema, perché talvolta non è chiaro quali fonti garantiscano la maggior tutela dei diritti fondamentali, non solo in astratto ma anche in concreto. La "tentazione della gerarchia" appare sempre una soluzione incombente.

In tema di "dialogo" tra le Corti si può rilevare come l'ipotesi di un'interpretazione circolare, che trova radice nel principio della maggior tutela dei diritti, si scontri sempre con l'aspirazione di logiche gerarchiche che mirano alla definizione delle relazioni tra le fonti. Si può facilmente constatare infatti che i giudici continuano a considerare le relazioni tra le fonti in termini senza dubbio gerarchici. Ciò è anche affermato e ribadito dallo stesso Ruggeri che dichiara e conferma che i giudici non interpretano le Carte le une per mezzo delle altre in modo "circolare" ma tendono *"a far luogo ad interpretazioni di ciascuna fonte assiomaticamente ritenute autosufficienti, per quindi confrontarne gli esiti in vista dell'applicazione"* delle norme che offrono una più incisiva protezione dei diritti.

Non vi è dubbio che a tale riguardo è molto complessa la definizione delle relazioni tra le fonti e tra le interpretazioni che ne vengono proposte, soprattutto a causa della totale mancanza di una "gerarchia" tra le Corti, in un momento storico in cui le Corti costituzionali nazionali, la Corte EDU e la Corte GUE pretendono di avere l'ultima parola sulla tutela dei diritti fondamentali

nell'ambito della propria giurisdizione¹⁰⁶. Sia la Corte costituzionale italiana che le due Corti europee hanno più volte rimarcato di voler custodire gelosamente il "primato" o il "predominio assiologico" delle fonti del diritto, ma anche di voler conservare, a questo scopo, la propria funzione nomofilattica considerandosi appunto come "interpreti "qualificati" o "privilegiati"" di queste fonti.

In tale contesto la Corte costituzionale italiana, la Corte EDU e la Corte GUE costantemente si confrontano e si scontrano sull'ordine delle fonti e sulla loro interpretazione e taluna Corte cerca di ridurre l'"ingerenza" delle altre nel "proprio territorio".

In conclusione, è bene evidenziare ai fini di questa disamina che il "dialogo" tra queste tre Corti non è solo di natura giuridica, ma ha anche un incisivo carattere di natura politica, infatti trattasi di un continuo confronto o scontro tra le stesse che ha l'obiettivo di difendere e conservare le proprie prerogative e competenze. È possibile cogliere la dimensione del carattere politico all'interno del "dialogo" tra le Corti, perché affiora in maniera prepotente in merito alla definizione delle relazioni gerarchiche che vi sono non solo tra diritto nazionale e, rispettivamente, diritto UE e CEDU, ma anche tra CEDU e diritto UE¹⁰⁷.

Par 5. - Aspetti problematici della produzione normativa europea.

Non è un caso che i rinvii incrociati contenuti nelle fonti in materia di diritti fondamentali non stabiliscano regole di gerarchia utili a risolvere eventuali conflitti tra norme di diversa provenienza (nazionale, internazionale o sovranazionale)¹⁰⁸.

¹⁰⁶ PINELLI C., *Il difficile coordinamento tra le Corti nella tutela multilivello europea*, in Bronzini G., Piccone V., *La carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Chimienti editore, Taranto, 2007.

¹⁰⁷ DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudice, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

¹⁰⁸ GAJA G., *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988.

E non è un caso perché si tratta di una scelta con la quale si è voluto realizzare un sistema flessibile, in modo tale che si potesse consentire, di volta in volta, la ricerca della migliore tutela possibile dei diritti fondamentali rispetto al caso concreto. Tuttavia, c'è da considerare che la scelta di non stabilire una gerarchia tra differenti fonti nazionali, internazionali e sovranazionali sui diritti fondamentali è legata alla questione dibattuta della frammentazione e della redistribuzione tra molteplici soggetti e istituzioni di sovranità di cui erano stati titolari esclusivi e assoluti soltanto gli Stati nazionali¹⁰⁹.

Questo aspetto problematico si evidenzia anche in alcune decisioni delle Corti sia nazionali che sovranazionali, soprattutto quando manifestano un atteggiamento più accorto alla difesa delle proprie competenze e al principio della maggiore tutela dei diritti. Ora, è pur vero che il principio della maggiore tutela dei diritti appare essere formalmente accettato e condiviso come criterio utile a stabilire, di volta in volta, una "gerarchia assiologica mobile" tra le fonti, ma accade spesso che esso fallisca quando il conflitto sembra essere più profondo e acceso.

In caso di aperte contrapposizioni può accadere che le Corti utilizzino il principio della maggiore tutela dei diritti come mezzo di rivendicazione, cercando di difendere il proprio ruolo e la propria primazia evitando in tal modo intromissioni di altre Corti e dimostrando nei fatti di non riuscire a mettere da parte le proprie rivalità. Infatti, le dottrine di natura giurisprudenziale cui si è fatto in precedenza riferimento, come quella del "primato del diritto UE", dei "controlimiti", del "margine di apprezzamento", delle "norme interposte", sono state formulate e generate dalle medesime Corti e in tal modo, in caso di scontro sul merito di singole questioni, possono essere rimodulate e modificate rispetto all'oggetto di discussione nel caso concreto.

¹⁰⁹ DONATI F., *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *Lo stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto*, 2016.

Il dialogo tra le Corti talvolta si presenta come un'arma a doppio taglio: se da un lato ha contribuito all'innalzamento degli *standard* di tutela di alcuni diritti fondamentali, dall'altro lato non riesce a sfuggire a dinamiche "autodifensive".

Tale concetto, sembra trovare conferma nelle parole di Giuseppe De Vergottini, secondo il quale "*in carenza di puntuali regole di quadro*" il "dialogo" fra le Corti "*rimane privo di una chiara bussola di riferimento*"¹¹⁰.

Rispetto alla realizzazione e concretizzazione di un "nuovo ordine" delle fonti in materia di diritti fondamentali sembra fino ad ora che la "ricerca del sistema dei sistemi" sia ancora molto lontana dal raggiungimento del proprio obiettivo¹¹¹.

Par. 6. - *La giurisprudenza costituzionale come controllo alla legge; la giurisprudenza convenzionale come garanzia dei diritti.*

Negli ultimi decenni si è assistito allo sviluppo di un particolare interesse da parte di studiosi di diritto pubblico e di diritto internazionale verso la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹¹².

Nello specifico negli ultimi venti anni del secolo scorso è aumentata l'insoddisfazione rispetto allo spazio che il nostro ordinamento concede ai trattati sulla tutela dei diritti fondamentali ed in particolare rispetto alla CEDU¹¹³. Questo incremento di interesse si è registrato soprattutto per le questioni di natura penale, sostanziale e processuale, che sono state proposte alla Corte, in considerazione della centralità di diritti di libertà dell'uomo che si ritenevano lesi e che sono oggetto specifico di protezione della Convenzione.

¹¹⁰ DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

¹¹¹ RUGGERI A., *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it, 2014.

¹¹² BATTAGLIA E., *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Di Federico G. (a cura di) *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004.

¹¹³ DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2001.

A causa del suo contenuto “materialmente costituzionale” erano in dubbio se le sue disposizioni avessero lo stesso rango della legge ordinaria di esecuzione. Com’è noto la Corte costituzionale è intervenuta a dirimere l’articolata e spinosa questione con le due ormai storiche sentenze n. 348 e 349 del 2007. I giudici costituzionali mediante queste decisioni hanno delineato e chiarito il rapporto consolidatosi tra ordinamento CEDU e ordinamento interno, in particolare attraverso il ricorso all’art. 117, comma 1 della Costituzione così come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 che ha assegnato alle norme convenzionali il rango di norme interposte nel giudizio di costituzionalità¹¹⁴.

La giurisprudenza costituzionale dopo le note sentenze gemelle del 2007 è stata in sostanza confermata nelle decisioni successive e queste sentenze hanno avuto il merito di avere nuovamente introdotto la Corte all’interno delle dinamiche della garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali.

Sulla scorta di queste premesse la dottrina ha avuto modo di sottolineare come abbia trovato un equilibrio stabile il rapporto tra “giudici dei conflitti” e “giudice dei diritti”¹¹⁵, poiché la tutela dei diritti è divenuta oggetto principale del giudizio di costituzionalità delle leggi¹¹⁶.

Nonostante le novità introdotte da queste due importanti pronunce parte della dottrina ha messo più volte in luce il carattere transitorio e non definitivo di questa giurisprudenza. Invero, la questione è ancora al centro del dibattito da parte della giurisprudenza comune, poichè quanto stabilito dalla Corte costituzionale non sempre è stato seguito pedissequamente. Solo recentemente nelle sue pronunce la Corte costituzionale ha confermato il modello di rapporti

¹¹⁴ GUAZZARROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003.

¹¹⁵ GARAPON A., *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1996. ATTAGLIA E., *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Di Federico G. (a cura di) *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004.

inter-ordinamentali previsto dalle sentenze del 2007, ma ha affinato questa interpretazione con l'introduzione di alcune novità.

Va ricordato che la CEDU è stata inserita nel nostro ordinamento grazie allo strumento dell'adattamento del diritto interno alle norme pattizie. Con l'ordine di esecuzione, incluso nella legge di autorizzazione alla ratifica, la legge n. 848 del 4 agosto 1955, la CEDU ha assunto il rango di legge ordinaria e quindi i rapporti con la legislazione nazionale sono istituiti sulla base del criterio cronologico. In questo modo è subito emersa la natura peculiare che caratterizza la Convenzione mediante l'istituzione di un articolato apparato munito di un sistema di protezione dei diritti umani che, non solo prevede l'enunciazione di un catalogo di diritti, ma ne ha garantito la tutela attraverso la creazione di un organo giurisdizionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo. Ne consegue il riconoscimento da parte degli Stati contraenti dell'impegno *"a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti"* (art. 46 CEDU) sia nell'individuazione dell'equa riparazione del danno da versare al ricorrente sia nell'obbligo di adottare sotto il controllo del Comitato dei Ministri le misure necessarie per far cessare la violazione.

Il rapporto tra sistema convenzionale e sistemi costituzionali così delineato risulta fondato sul principio secondo cui prima di ricorrere alla Corte di Strasburgo è necessario aver eccepito tutte le possibili vie offerte dalla giustizia interna (art. 35 CEDU), senza la previsione di un "canale processuale" diretto con i giudici nazionali al pari della questione pregiudiziale propria del diritto comunitario. Così, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo marca sempre più l'intreccio tra i livelli di tutela dei diritti nazionale ed internazionale.

Dalla Convenzione emerge con chiarezza quello che la dottrina ha definito un "sistema CEDU" incentrato sulla *"pregnanza dei valori che incorpora e dalla loro forza espansiva"* capace di avere ingerenza sull'interpretazione del diritto nazionale dei paesi aderenti. Ad averne risentito è stato l'ordinamento, perché si è constatata l'inadeguatezza degli schemi tradizionali di adattamento del diritto

dei Trattati nell'ordinamento interno. In Italia il dibattito dottrinale ha avuto principalmente ad oggetto il tema dell'individuazione del rango occupato dalla CEDU nella gerarchia delle fonti e la conseguente definizione da attribuire alle disposizioni della Convenzione sia con riferimento alle interpretazioni offerte dalla Corte costituzionale sia alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sul tema della disposizione della CEDU nel sistema delle fonti la dottrina ha tentato più volte di esaltare e sottolineare il "contenuto costituzionale" della Convenzione e quindi conferirle un carattere superiore a quello della legge ordinaria. A tale proposito sono state elaborate quattro distinte teorie.

Una minoritaria, del c.d. principio internazionalista, secondo cui l'art. 10, I c., Cost. stabilisce la diretta applicazione delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e questo ne determinerebbe anche la collocazione gerarchica delle norme di adattamento al diritto pattizio¹¹⁷; quella che considera l'art. 2 Cost. come "clausola aperta", sostenuta ad esempio da Augusto Barbera che attribuisce una tutela costituzionale anche ai diritti inviolabili non esplicitamente previsti nella Costituzione, ma che sono enucleati in documenti internazionali¹¹⁸; vi è poi la teoria del c.d. "principio pacifista" che fa riferimento all'art. 11 Cost., secondo cui la CEDU deve essere vagliata come i Trattati stipulati per realizzare *"un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia delle nazioni"*; infine, vi è la teoria che fa riferimento al nuovo art. 117, I c., Cost. in virtù del quale la CEDU verrebbe considerata come norma interposta nei giudizi di costituzionalità delle leggi, quando si sottopone la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni *"al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"*.

Dalla giurisprudenza costituzionale precedente alle sentenze del 2007 si risaliva a un'impostazione che mirava prevalentemente a individuare il carattere formale da attribuire alle fonti che davano esecuzione ai Trattati internazionali

¹¹⁷ QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968.

¹¹⁸ BARBERA A. - MORRONE A., *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, Bologna 2003.

di tutela dei diritti dell'uomo. La Corte costituzionale nel 1960 ha interpretato l'art. 10, I c., Cost. stabilendo che il diritto internazionale pattizio non poteva essere annoverato tra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciuto a cui l'ordinamento italiano si adattava. Di conseguenza i Trattati internazionali potevano produrre effetti nell'ordinamento interno solo mediante gli atti di diritto interno che li rendevano esecutivi ed un possibile contrasto tra norme interne doveva essere risolto attraverso il criterio cronologico.

Così la sentenza n. 10 del 1993, ha posto in discussione la posizione sino ad allora attribuita, statuendo che: *“le norme internazionali (...) sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice penale (...) perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinarie”*¹¹⁹.

Parte della dottrina ha messo in luce come il giudice costituzionale abbia voluto realizzare una differenziazione tra diritto internazionale pattizio in generale e le Carte in materia di diritti quando la tipicità considerata dai giudici sulla CEDU andasse a ricadere non sul profilo formale, visto che viene riconfermato il rango primario in base all'ordine di esecuzione, ma su quello materiale.

La Corte costituzionale ha avuto modo, tuttavia, di ritrattare la questione del rango normativo della CEDU sia con la sentenza n. 388 del 1999 che con la sentenza n. 413 del 2004¹²⁰. Seppure non sia facile individuare un comportamento univoco da parte della giurisprudenza costituzionale bisogna constatare il riferimento frequente al rapporto di integrazione tra Costituzione e Carte dei diritti. Dunque, la CEDU è stata considerata come norma integratrice del

¹¹⁹ CORTE COST. Sent. n. 10 del 10 gennaio 1993 cit., pag. 1370.

¹²⁰ CORTE COST. Sent. n. 388 del 22 ottobre 1999 cit., 2999. CORTE COST. Sent. n. 413 del 23 dicembre 2004, in www.cortecostituzionale.it.

parametro di costituzionalità. Prima delle sentenze gemelle del 2007 era possibile constatare un atteggiamento restrittivo da parte del giudice costituzionale che mirava a non attribuire rilevanza costituzionale alle norme della Convenzione e a considerare le possibili antinomie tra questa e le leggi interne come conflitti tra fonti dello stesso rango.

In alcune pronunce della Corte di Cassazione e dei giudici ordinari si coglie la tendenza a un'interpretazione volta ad attribuire effetti diretti alla CEDU nell'ordinamento italiano e la superiorità delle norme convenzionali sulle norme interne con la conseguente possibilità di disapplicare queste ultime¹²¹. Nonostante la riconosciuta importanza di tale sentenze appare arduo il compito dell'interprete di costruire un approccio sistematico. Non è facile infatti fornire una precisa ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti, ma con queste pronunce per lo più si è riconosciuta al giudice ordinario la capacità di usare lo strumento della disapplicazione come una sorta di "valvola di sfogo", come una via di uscita di fronte a ipotesi problematiche.

Non sono mancate da parte della dottrina talune affermazioni secondo le quali è stato considerato "ardito e spregiudicato" questo specifico comportamento da parte dei giudici ordinari. Tale era il sintomo di un'evidente insoddisfazione di fondo da parte dei giudici nazionali a causa della totale assenza di risposte adeguate da parte della Corte costituzionale ai fini dell'attuazione di un "processo di internazionalizzazione del diritto interno". È in questo contesto, appunto, che la Corte costituzionale è intervenuta con decisivo imperio con le citate sentenze n. 348 e 349 del 2007.

Nel caso di contrasti tra norme della CEDU e leggi italiane la Consulta ha stabilito la propria competenza attribuendo alla Convenzione il valore di norma interposta secondo l'art. 117, I c., Cost. evitando al giudice comune la possibilità

¹²¹ Si vedano, tra le tante la COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE di Milano, sez. V, 19 settembre 2000. TRIB. di Genova, 4 giugno 2001. CASS., Sez. I civile, Sent. n. 10542 del 19 luglio 2002, in www.cassazione.it.

di giungere alla disapplicazione. Così, grazie a queste decisioni, il giudice costituzionale ha chiarito una questione rimasta fino a quel momento aperta.

Occorre anche dar conto del fatto che non sono mancate neppure critiche nei confronti della Corte accusata di avere assunto una posizione “moderata” e mirata a garantire solo una copertura formale alla Convenzione. Rispetto al tema dell’inquadramento della CEDU nel sistema delle fonti la Corte conferma la propria impostazione tradizionale, negando che essa abbia istituito un ordine giuridico sovranazionale e che abbia intaccato la sovranità nazionale e quindi non può ricevere copertura costituzionale attraverso l’art. 11 Cost. Allo stesso tempo ha escluso la riconducibilità del sistema CEDU all’art. 10, I e II comma della Costituzione. Al contrario secondo la Consulta è l’art. 117, I c., Cost. il “parametro rispetto al quale valutare la compatibilità della norma censurata con l’art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU così come interpretato dalla Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo”¹²².

In tal senso, l’art. 117, primo comma, agisce come “rinvio mobile” alle disposizioni convenzionali considerate come fonti interposte che vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento. Quindi le norme convenzionali, interpretate dalla Corte EDU, non assumono il medesimo rango delle norme costituzionali, ma sono soggette al controllo di costituzionalità ai fini della loro conformità non solo ai principi fondamentali dell’ordinamento, ma “*ad ogni profilo di contrasto fra le norme interposte e quelle costituzionali*”.

È qui che è evidente la differenziazione che la Corte fa tra le norme della CEDU e quelle comunitarie: “*nel senso che le prime pur rivestendo grande rilevanza in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a*

¹²² Punto 6.2 del considerato in diritto della Sentenza n. 349 del 2007, *cit.*.

darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto"¹²³.

Il diritto comunitario è dotato di efficacia diretta e, quindi, in caso di contrasto prevale sul diritto interno, mentre il diritto CEDU, siccome è considerato come norma interposta, non può essere disapplicato da parte del giudice a quo. Il giudice non può fare ricorso alla disapplicazione nel caso di contrasto tra i due ordini di norme, quelle pattizie e quelle interne. Invece, il giudice, per cercare di chiarire il contrasto per via interpretativa, ha il compito di effettuare una "interpretazione convenzionalmente orientata". Se questo non è sufficiente deve sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte per contrasto con l'art. 117, I c., Cost. Anche da ciò si capisce come i giudici costituzionali abbiano conferito un ruolo particolarmente importante al giudice soprattutto nell'ambito del riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali. Nonostante ciò la dottrina ritiene che vi siano ancora alcuni problemi sull'utilizzo da parte dei giudici del criterio dell'interpretazione adeguatrice.

Il giudice ordinario deve compiere due tipi di adeguamento ermeneutico, infatti, sia rispetto al giudizio di convenzionalità delle leggi ordinarie sia alla compatibilità di queste con i principi costituzionali, anche se non ne sono chiarite le competenze. Secondo tal procedere viene attribuito alla Corte costituzionale un potere di accentramento del controllo di legittimità costituzionale. In merito si può indicare quale direzione abbia preso negli ultimi anni la giurisprudenza costituzionale. Ad esempio, la Corte ha ribadito quanto stabilito nelle sentenze del 2007 riconfermando quindi il modello dualistico nei rapporti tra i due ordinamenti e sostenendo l'idea del controllo accentrato di costituzionalità.

Intanto però, non sono mancate delle aperture da parte dei giudici costituzionali.

¹²³ Punto 3.3 del considerato in diritto della Sentenza n. 348 del 2007, *cit.*.

Vi sono state, infatti, due sentenze pronunciate nel 2009, la n. 311 e la n. 317, in cui la Corte costituzionale ha confermato gli orientamenti precisati nelle sentenze del 2007, anche se ha inserito nuovi elementi interessanti, dando spazio alla valorizzazione del margine di apprezzamento nazionale e all'attuazione di un bilanciamento tra i valori¹²⁴. Secondo la dottrina con queste pronunce si è giunti a un riassetto dell'equilibrio complessivo dei rapporti tra diritto CEDU e diritto interno, sostenendo una prospettiva ricostruttiva.

La Corte, infatti, afferma come *“un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali”*¹²⁵.

Secondo questa precisa impostazione la CEDU sembra essere formalmente subordinata alla Costituzione, ma potrebbe puntare a un livello di tutela maggiore aumentando *“il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali”* con l'applicazione di un bilanciamento.

La Consulta, in questo modo, ha rivalutato il ruolo della giurisprudenza ordinaria sostenendo un'operazione ermeneutica diffusa delle norme convenzionali e delimitando il proprio ruolo a chiusura di tutto il processo di coordinamento tra i due sistemi.

Dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 pare che quanto stabilito dalla Consulta sia stato recepito pacificamente dai giudici di merito. La perdita da parte del giudice interno del potere discrezionale di disapplicazione sarebbe compensata dal riconoscimento, sostenuto dalla Corte, del dovere di ricorrere all'interpretazione conforme. Anche se i casi non sono stati numerosi, talvolta i giudici ordinari non sono conformati alla giurisprudenza costituzionale. Si tratta

¹²⁴ CORTE COST. Sent. n. 311 del 26 novembre 2009, in www.cortecostituzionale.it. CORTE COST. Sent. n. 317 del 4 dicembre 2009, in www.cortecostituzionale.it.

¹²⁵ Punto 8 del considerato in diritto Sentenza n. 317 del 2009 *cit.*.

di giudici che hanno attuato la disapplicazione delle norme interne in contrasto con la Convenzione invece di conformarsi al modello delineato dalla Corte costituzionale¹²⁶.

A seguito del Trattato di Lisbona, inoltre, si è notata da parte dei giudici comuni la tendenza ad effettuare la disapplicazione delle norme interne in contrasto con la CEDU.

Ad oggi, la CEDU non è ancora stata recepita formalmente dall'Unione europea, secondo le procedure previste dal Protocollo n. 8, e la dottrina ha avuto l'occasione di mettere in rilievo come proprio con l'atto di adesione si potrebbero definire meglio i rapporti futuri tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo. Davanti ad un contrasto tra norma interna e norma CEDU il giudice potrebbe procedere direttamente alla disapplicazione e questo è stato sostenuto dai giudici amministrativi, perché le norme della Convenzione, sulla base dell'art. 6 TUE, possono essere messe sullo stesso piano del diritto comunitario.

Tali sentenze non sono però prive di aspetti problematici, perché caratterizzate da un'argomentazione insufficiente. Si è affermato che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non basti per sostenere l'applicabilità diretta della Convenzione nell'ordinamento interno, perché non si è ancora concretizzato il processo di adesione dell'UE alla Convenzione e perché le norme convenzionali, come le tradizioni costituzionali, sono utilizzabili solo come "principi generali dell'ordinamento europeo".

In questo senso, recentemente si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 80 del 2011¹²⁷. La Corte mette in evidenza come il sistema di tutela dei diritti fondamentali, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è oggi più difficile, perché si fonda sulla Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza),

¹²⁶ TRIB. civile di Ravenna, sezione lavoro, 12 dicembre 2007. TAR del Trentino Alto Adige, Sezione di Trento, Sent. n. 171 del 2008.

¹²⁷ CORTE COST. Sent. n. 80 dell'11 marzo 2011, in www.cortecostituzionale.it.

sulla CEDU e sui “principi generali”. La Corte, invece, non fa menzione degli effetti che si realizzerebbero con l’adesione dell’UE alla CEDU visto che non è ancora avvenuta, effetti che potrebbero riguardare una ulteriore spinta all’integrazione e alla uniformità esegetica. Con questa motivazione la Corte non risponde alle richieste della parte privata che, in maniera erronea, chiedeva la diretta applicabilità della CEDU alla stregua dell’art. 11 Cost., dopo l’entrata in vigore dell’art. 6 TUE, usando per la Convenzione lo stesso meccanismo previsto per il diritto comunitario.

Ancora, la Corte ha precisato i modi con cui attuerà tale adesione dell’Unione alla CEDU, sostenendo l’*“impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell’Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell’art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto dell’Unione)”*. E ancora *“i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell’Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale”*.

Tutto questo fa presumere che la CEDU potrebbe essere direttamente applicabile, ai sensi dell’art. 11 Cost., solamente in tutti quei casi in cui le sue previsioni facciano parte delle competenze dell’Unione e nel caso che ci sia una sostanziale combinazione tra la CEDU stessa e la Carta di Nizza o un’altra norma dell’Unione.

La dottrina ha messo in evidenza che in questo caso si verificherebbe lo stato per cui la forza normativa della CEDU potrebbe *“espandersi e contrarsi, in base alla coincidenza o meno con le norme dell’Unione e la sua afferenza ad ambiti materiali di competenza di questa”*¹²⁸. Certo è che risulta complesso pensare all’applicazione diretta della CEDU in alcuni casi e non in altri e se si possa stabilire una scala di valore tra le disposizioni convenzionali. Poi, la Corte ha

¹²⁸ RANDAZZO A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in www.consultaonline.it, 2011.

stabilito che l'art. 11 non dà "copertura" al sistema CEDU. In questo modo appare che il Consiglio d'Europa e la Corte di Strasburgo non facciano parte della stessa realtà dell'Unione Europea, la quale sarebbe dotata della copertura dell'art. 11 Cost. La dottrina mostra come sia eccessiva questa unicità dell'Unione europea, tale da avere la copertura dell'art. 11 Cost. Ci si chiede pertanto se *"non possa essere estesa anche ad altri ordinamenti, a fronte di un contesto internazionale mutato, fino a fungere da "ombrello" anche nei riguardi di realtà giuridico-istituzionali diverse rispetto a quelle individuate fino ad oggi dalla Corte costituzionale"*¹²⁹. Solo così, la Convenzione verrebbe differenziata dagli altri accordi internazionali vista la particolarità del modello convenzionale, che proprio nelle sentenze del 2007 la Corte costituzionale ha evidenziato.

Viste le trasformazioni dell'ultimo decennio è difficile pensare che lo Stato italiano non abbia ceduto parte della propria sovranità sia del sistema convenzionale sia a causa del ruolo assunto dalla Corte di Strasburgo. È comprensibile come la Corte costituzionale si troverà molto presto a confrontarsi con il processo di integrazione tra ordinamento comunitario e ordinamento del Consiglio d'Europa e all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Di conseguenza, si potrebbe giungere alla messa in discussione di uno dei principi fondamentali affermati dalla giurisprudenza costituzionale, cioè il divieto assoluto di disapplicazione della norma interna in contrapposizione con la Convenzione europea.

In conclusione, questo potrebbe accadere perché verrebbe ad assumere un carattere più attenuato la differenza tra diritto convenzionale e diritto dell'Unione europea che poi ne costituiva il fondamento.

¹²⁹ Ancora RANDAZZO A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale cit.*.

- Capitolo III -

LE INCERTE PROSPETTIVE DI UNA NUOVA LEGALITÀ

Par. 1. - *La produzione giurisprudenziale del diritto sovranazionale: gli artt. 6 e 7 della CEDU.*

Si è già detto che la giurisprudenza più significativa che ha contribuito ad avviare un dialogo serrato tra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee si è registrata nei settori del diritto penale sostanziale e del diritto processuale penale. La necessità di assicurare un alto grado di tutela alle garanzie dei diritti fondamentali della persona umana ha aperto un confronto importante nella giurisprudenza dell'ordinamento continentale.

In origine il tema delle sanzioni amministrative è stato oggetto di particolari attenzioni e riflessioni anche a causa dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte EDU e a causa delle novità progressivamente introdotte sia nel nostro che in altri ordinamenti europei¹³⁰.

Si è partiti, ai fini della riflessione dall'assunto per cui i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la natura sostanzialmente "penale", ai sensi degli artt. 6 e 7 CEDU, di molte sanzioni che tradizionalmente venivano qualificate come amministrative¹³¹.

Così, sono state rapportate alla "materia penale" non solo misure aventi carattere punitivo/afflittivo, come, ad esempio, le sanzioni amministrative pecuniarie disciplinate nel nostro Paese dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, ma anche in tutti quei provvedimenti in cui emerge un'attenzione per l'interesse pubblico¹³².

¹³⁰ ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

¹³¹ NUVOLONE P., *Depenalizzazione apparente e norme sostanziali*, in *Riv.dir.proc.pen.*, 1968, pag. 60.

¹³² ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924. Va ricordato che la qualificazione di materia penale deriva dalla nota sentenza della CORTE EDU, Sent. 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, 36.

In questo contesto, la giurisprudenza di Strasburgo è andata oltre la netta distinzione, tipica del nostro ordinamento, tra sanzioni in senso stretto e provvedimenti ablatori-ripristinatori. Difatti, le prime sono considerate come «pene in senso tecnico» a causa del loro carattere afflittivo ed erano sostenute dalle garanzie procedimentali e giurisdizionali di cui alla legge n. 689 del 1981. I secondi, invece, considerati come sanzioni solo in senso lato aventi ad oggetto la cura dell'interesse pubblico non erano assistiti dalle garanzie che presidiano la funzione amministrativa.

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo sono certamente "penali" quei provvedimenti nei quali il carattere di cura dell'interesse pubblico si aggiunge alle finalità punitive, ma anche ogni misura stabilita dall'ordinamento e considerata come reazione alla commissione di un illecito penale, purchè dotata di un certo grado di severità e afflittività. Ulteriore requisito di carattere formale è la qualificazione di "legge penale" che ne fa lo stesso legislatore.

Tale stato di cose, così come appena descritte, ha comportato l'applicabilità a tutti i provvedimenti sanzionatori amministrativi di una serie di garanzie che nel nostro ordinamento erano destinate all'ambito penalistico¹³³. Ad esempio ci si può riferire alle garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 della CEDU che, secondo la Corte EDU, dovrebbero essere assicurate, in linea di principio, già nella fase di irrogazione delle sanzioni aventi un carattere "penale" e alle garanzie che derivano dal principio di legalità stabilito all'art. 7 CEDU secondo cui *"Nessuno può essere condannato per una azione o omissione che, al momento in cui è stata connessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale"*.

Dunque, si può affermare che la Corte di Strasburgo abbia distinto l'applicabilità delle garanzie di natura penalistica stabilite dalla CEDU, dal

¹³³ GOISIS F., *Sanzioni amministrative e diritto europeo*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni*, Giuffrè, Milano, 2016.

principio della attribuzione formale che caratterizza un determinato illecito nell'ordinamento nazionale. La Corte di Strasburgo ha ideato una nozione di sanzione penale indipendente rispetto a quella prevista nei vari ordinamenti nazionali e caratterizzata dalla concomitanza dei tre criteri Engel dell'attribuzione data all'illecito dal diritto interno sulla base del carattere punitivo e non solo risarcitorio della sanzione irrogata.

La Corte costituzionale italiana ha voluto evitare che, attraverso la forma della sanzione amministrativa, andasse *“disperso il fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, e alla cui difesa la CEDU è preposta”*¹³⁴. Dunque, *“nell’affermare il principio della retroattività del trattamento sanzionatorio più mite”* la valutazione sottoposta alla Corte di Strasburgo non avrebbe *“mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell’ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche “punitive” alla luce dell’ordinamento convenzionale”*¹³⁵.

Secondo la giurisprudenza di Strasburgo non sarebbe in discussione che tutte le sanzioni amministrative pecuniarie italiane siano penali ai sensi della CEDU, salvo che non siano munite di quei caratteri che prima sono stati indicati, per cui volta per volta il giudice è chiamato a qualificarne la natura¹³⁶.

Va anche precisato che la nozione CEDU di sanzione penale è stata accettata e condivisa anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

¹³⁴ RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015. ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it, 13 maggio 2015.

¹³⁵ CHIBELLI A., *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2016. PROVENZANO P., *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2017. GALDI M., *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, *Commento a Corte cost.*, 20 luglio 2016, n. 193, in *Osservatorio costit. dell'AIC*, n. 3, 2016.

¹³⁶ CHIRULLI P., *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costit. dell'AIC*, n. 2, 2014.

Quanto detto sin ad ora mette in rilievo come i principi di garanzia del settore penale che derivano dalla CEDU sono caratterizzati, nelle fattispecie di interesse dell'Unione europea, dalla primazia propria del diritto dell'Unione europea anche indipendentemente dall'adesione di quest'ultima alla CEDU, con la quale si renderà la Convenzione *"un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione"*.

I già citati orientamenti della Corte di Strasburgo hanno inciso sulla nuova configurazione sistematica degli artt. 6 e 7 CEDU e così è possibile individuare un fondamento costituzionale interno per questi principi. Soprattutto rispetto all'art. 7 CEDU vi sono significativi sviluppi, grazie anche all'interpretazione che di questa norma dà la Corte EDU.

Par. 1.1- Il caso "Contrada" e la stratificazione giurisprudenziale del c.d. "concorso esterno". Il valore del precedente consolidato.

Negli ultimi tempi la Corte EDU ha avuto modo di svolgere un accurato lavoro di calibratura dei contenuti di garanzia e del principio di legalità europeo degli artt. 6 e 7 CEDU, allorchè è stato sottoposto al suo vaglio l'iter giudiziario svolto dalla giurisprudenza italiana in riferimento al c.d. "caso Contrada".

La sentenza pronunciata sulla complessa questione non mette soltanto in discussione i fondamenti di garanzia processuale dell'imputato, ma soprattutto il principio di legalità dell'ordinamento italiano ed in particolare il corollario della riserva di legge.

Il caso si è sviluppato come viene di seguito illustrato.

Il Sig. Bruno Contrada, funzionario di Polizia e dirigente presso organi investigativi e di sicurezza preposti al contrasto alla criminalità mafiosa, viene sottoposto ad indagini per condotte di agevolazione e sostegno della criminalità mafiosa palermitana riferite agli anni dal 1979 al 1988 e quindi condannato in primo grado a dieci anni con perpetua interdizione dai pubblici uffici e a subire la misura di sicurezza della libertà vigilata per tre anni. L'imputazione, per nulla

originale per la folta giurisprudenza che era maturata in quegli anni sul concorso esterno in associazione per delinquere qualificata dall'appartenenza ad un'organizzazione mafiosa, qualificava il ruolo dell'estraneo all'associazione come episodico partecipe.

La sentenza viene riformata in secondo grado con formula assolutoria piena. I giudici accolgono l'impugnazione rilevando un insufficiente fondamento probatorio, a causa della modesta credibilità delle dichiarazioni da parte dei collaboratori di giustizia. Per una prima volta il caso Contrada giunge davanti alla Corte di Cassazione.

In sede di legittimità viene considerato fondato il ricorso del Pubblico Ministero e stabilito l'annullamento della sentenza della Corte d'appello per difetto di motivazione. A questo punto, dopo ben dieci anni, si ritorna al punto di partenza, perchè la Corte d'appello di Palermo conferma la prima sentenza del Tribunale di Palermo. Bruno Contrada, convinto delle proprie ragioni, presenta istanza di revisione del processo alla Corte d'Appello di Caltanissetta che la dichiara inammissibile con sentenza del 24 settembre 2011, confermata in data 25 giugno 2012 dalla Corte di Cassazione.

Intanto, la giurisprudenza continua a puntualizzare la figura del concorso esterno, non prevista espressamente dalla nostra legislazione penale, superando le incertezze che avevano caratterizzato il lavoro dei giudici. Riguardo alla fattispecie citata, secondo la giurisprudenza maggioritaria, non può negarsi il fondamento codicistico del concorso esterno. Ed infatti il legislatore del 1930 aveva previsto meccanismi di estensione della punibilità, si vedano ad esempio le discipline estensive degli artt. 40, II comma, 56, 110 c.p., il cui utilizzo in fase di sussunzione processuale della fattispecie non differisce dalla medesima qualificazione da operare per una qualsiasi norma incriminatrice espressa.

Il problema specifico della configurabilità del concorso esterno era relativo alla eventuale presenza di limiti logici preclusivi, in particolare circa la possibilità

di stabilire una distinzione tra la condotta associativa tipica e quella del concorrente esterno qualificato come partecipe.

A causa della frequente successione di pronunce in materia, per di più tutte a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, e tutte enuncianti criteri differenti e talvolta addirittura non coincidenti, si comprende quale sia diventata, nel tempo, la ragione del dibattito sulla legittimazione del concorso esterno nel reato associativo, basata non tanto sull'assenza di una fattispecie autonoma espressa, ma sul rapporto tra la prevedibilità della legge penale e quindi del diritto penale effettivo, interpretato dalla giurisprudenza e la funzione di orientamento preventivo e garantista delle condotte dei consociati¹³⁷.

Il Sig. Contrada, dopo il rigetto dell'istanza di revisione e dopo aver esaurito la via dei ricorsi interni e dei rimedi nazionali esperibili, ricorre alla Corte EDU, lamentando la violazione dell'art. 7 della Convenzione, per fare emergere in maniera chiara il problema del rispetto del principio di legalità secondo i principi sovranazionali.

Anche a causa delle posizioni espresse dalla Corte sovranazionale, l'interpretazione di tale norma presenta dei profili interessanti. Prima di tutto, non è prescritta nessuna riserva di legge e quindi la norma può manifestare effetti simili sia nei sistemi di *civil law* che di *common law*, indipendentemente da un fondamento codicistico della legge penale. Inoltre, l'interpretazione della CEDU mette in luce i corollari del principio di legalità come l'accessibilità ossia effettiva conoscibilità della legge e la prevedibilità della condanna¹³⁸. La Corte di Strasburgo, si occupa proprio di questo ultimo aspetto manifestando delle perplessità rispetto alle possibili ricadute nell'ordinamento.

C'è da dire che questa sentenza della Corte EDU è stata molto dibattuta, sia a causa degli aspetti legati al diritto interno sia per l'attenzione al rapporto tra

¹³⁷ MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹³⁸ BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta Europea dei Diritti: problemi e prospettive*, in *Riv.it.dir.pubbl.comun.*, 2002, pag. 683.

giurisprudenza CEDU e agli obblighi di configurazione del giudice nazionale e poi riguardo alla coniugazione del principio di legalità a causa anche del mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale¹³⁹. In sintesi, la Corte di Strasburgo parte dal presupposto che il referente del concorso esterno debba essere individuato nel risultato dell'attività del formante giurisprudenziale che determina il fondamento del precedente consolidato. Infatti, anche se la fattispecie era stata oggetto di attenzione giurisprudenziale con sentenze risalenti agli anni '70/'80, la sua struttura e la sua plausibilità processuale si è resa stabile solo a partire dal 1994 con la sentenza Demitry¹⁴⁰, per cui nel periodo in cui venivano contestati i fatti al Contrada *"il reato non era sufficientemente chiaro e la condanna prevedibile"*.

Per queste ragioni viene contestata la violazione dell'art. 7 CEDU con la condanna comminata all'Italia al risarcimento del danno morale subito da Contrada ai fini della rimozione delle conseguenze pregiudizievoli determinatesi. Si tratta di un'eliminazione difficile da immaginare, potendosi al limite prospettare solo in merito agli effetti penali della condanna già totalmente scontata. La vicenda appare davvero complessa, anche perché ha visto susseguirsi una molteplicità di provvedimenti, l'ultimo davanti alla Corte di Cassazione per un procedimento proveniente dalla Corte d'appello di Caltanissetta. Quest'ultimo processo si era concluso con un'ordinanza di inammissibilità della Corte d'Appello contro la quale era stato proposto ricorso per Cassazione, il cui esito enunciava: *"Così inquadrata la violazione dell'art. 7 CEDU -non può rilevare in questa sede se a torto o ragione- nella vicenda giurisdizionale che ha coinvolto il ricorrente il Collegio osserva che non può comunque essere eluso*

¹³⁹ VIGANÒ F. *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 aprile 2016. CIVELLO CONIGLIARO S., *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso primissime osservazioni sul caso Contrada*, in *Dir.pen.cont.riv.trim.*, 4 maggio 2014. MANNA A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 ottobre 2016. LEO G., *Concorso esterno nei reati associativi, Voce per il libro dell'anno Treccani*, Roma, 2017.

¹⁴⁰ CASS. SS.UU., Sent. n. 16 del 5 ottobre 1994, Demitry, in www.cassazione.it.

l'obbligo di conformarsi a detta decisione, pur tenendo conto delle peculiarità del caso Contrada"¹⁴¹.

Orbene, il giudice di legittimità interno con la motivazione riportata rileva che, nel rispetto dell'obbligo di conformazione che deriva dall'art. 46 della Corte EDU, statuisce che non sia più compito del giudice nazionale decidere il merito della ricostruzione operata nella loro decisione dai giudici di Strasburgo.

Questa motivazione però, si contrappone all'ordinanza impugnata, che infatti viene completamente superata e si coglie la totale mancanza di un'analisi da parte del giudice nazionale rispetto a ciò che viene deciso dai giudici di Strasburgo. La Corte di Cassazione chiarisce in maniera espressa di non voler sindacare il "torto" e la "ragione" della questione e inoltre decide anche di non mettere in discussione il valore dell'obbligo di conformazione, non prendendo posizione quindi su questioni che erano state invece poste dai giudici palermitani e anche dalla requisitoria della Procura Generale.

Difatti, nell'ordinanza si legge: *"[...] è illogico ritenere, come affermato dal difensore, che non si debba avere minimamente riguardo al merito della vicenda quasi come se il giudice italiano fosse un mero esecutore dei disposti della Corte EDU, laddove, invece, egli risponde solamente alla legge"*. Non si coglie neanche un accenno sul punto da parte della Corte. È compito degli interpreti del diritto, capire il ragionamento a fondamento di questa affermazione, non proprio di facile lettura. Con tutta probabilità, può essere ravvisato un riferimento alla conosciuta sentenza Dorigo, dopo la quale, a seguito di vari rimedi a cui si era ricorsi in sede giurisprudenziale, a causa dell'inerzia del legislatore, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un'ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna con conseguente riapertura del processo nei casi di obbligatoria conformazione ai sensi del citato art. 46. Tuttavia, il problema in questo caso, nasceva in riferimento alle ipotesi di

¹⁴¹ CORTE App. Caltanissetta, 18 novembre 2015.

violazione dell'art. 6 in materia di equo processo, con la conseguente necessità di una rinnovazione del giudizio al fine di rimediare agli *errores in procedendo* commessi.

Invero, nel caso Contrada non si trattava di riaprire un processo per la possibilità di uno svolgimento conforme ai principi sanciti dall'art. 6 CEDU, ma di rimuovere gli effetti pregiudizievoli che derivano da una condanna che era già stata scontata, avendo la Corte EDU evidenziato una violazione di carattere sostanziale che genera solo un rimedio demolitorio. Da ciò emerge anche più chiaramente cosa debba intendersi per mancanza di discrezionalità del giudice nazionale di fronte a una pronuncia di Strasburgo, per cui una volta aditi i giudici della Corte di Cassazione hanno soltanto preso atto che l'unica soluzione praticabile era quella di revocare la sentenza di condanna¹⁴².

Par. 2. - I rapporti tra sentenze Corte EDU e giurisdizioni interne.

A questo punto si apre una riflessione sulle conseguenze della decisione prescritta al giudice nazionale e cioè che l'unico modo per ottemperare alla sentenza della Corte EDU, sebbene il suo dispositivo non enunci alcun riferimento in ordine ai rimedi idonei per porre rimedio alla violazione, è soltanto quello di prevedere una somma di danaro a titolo di indennizzo per ristorare il danno morale. In tale ipotesi, la Corte di Cassazione afferma che il giudice nazionale sia vincolato dall'obbligo che deriva dall'art. 46 CEDU.

Nel novero dei possibili casi di violazione dei diritti dell'uomo sottoposti alla Corte EDU questo caso riveste una particolare singolarità, perchè non fa solo riferimento alla pur grave violazione dei principi processuali del giusto processo, ma alla messa in discussione della legittimità di una norma di diritto penale sostanziale, vale a dire la riformulazione della tipicità del delitto di cui all'art.

¹⁴² GROSSO C.F., *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 1993, II, pag. 1190. VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003. FIANDACA G., *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010.

416-bis c.p. Ci si chiede se un obbligo di conformazione che non comporti nessuna valutazione di natura discrezionale sia o meno compatibile con i principi del nostro ordinamento, considerato che l'oggetto della sentenza della Corte EDU fa riferimento al sindacato sull'applicabilità di una fattispecie penale le cui ricadute in termini sanzionatori sono molto importanti¹⁴³.

Il quesito appare pertinente e giustificato dal fatto che vi sono precedenti nei quali la portata dell'obbligo di conformazione è stata ridimensionata o bilanciata con principi costituzionali di altrettanta rilevanza, così come è avvenuto con le pronunce che si richiameranno.

La premessa da cui prendere spunto, comune ai diversi casi, è il rispetto del meccanismo di integrazione nel nostro ordinamento delle disposizioni convenzionali così come interpretate dalla Corte EDU. Le disposizioni della CEDU operano come fonti interposte come stabilito dall'art. 117 Cost. e siccome non sono parificate al rango di fonti costituzionali sono, di conseguenza, sottoposte al sindacato della Corte costituzionale. Il fatto che abbiano natura sub-costituzionale poi rende più urgente un controllo di conformità alla Costituzione che sia svolto secondo un ampio spettro.

Se il riferimento principale è quello della portata dell'obbligo di conformazione va subito detto che su tale profilo va richiamata la pronuncia della Corte Costituzionale n. 49 del 2015, successiva alla già nota sentenza Varvara¹⁴⁴, con la quale la Corte EDU aveva stabilito l'inapplicabilità della sanzione amministrativa della confisca dei beni decisa dopo l'accertamento del reato di lottizzazione abusiva in difetto di una sentenza di condanna e, nello specifico caso, di una declaratoria di estinzione del reato¹⁴⁵.

¹⁴³ DI GIOVINE, O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006. DI GIOVINE, O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir.pen.cont.riv.trim.*, n. 1 del 2013.

¹⁴⁴ CEDU, Sent. 30 ottobre 2013, ricorso n. 17475/2009, *Varvara c. Italia*. MAIELLO V., *Confisca, CEDU e diritti dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2012.

¹⁴⁵ CORTE COST. Sent. n. 49 del 14 gennaio 2015, in www.cortecostituzionale.it.

Anche in questo caso il parametro convenzionale violato, secondo la Corte EDU, era l'art. 7 della Convenzione anche se sotto il diverso profilo del carattere sostanzialmente penale da attribuire alla c.d. confisca urbanistica non prevista dal nostro ordinamento.

Quanto stabilito dalla Corte risale certamente alle prescrizioni derivanti dalle sentenze gemelle del 2007, ma la stessa chiarisce ancora meglio che i giudici nazionali non possono essere ritenuti come: *“passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale”*, visto che sono soggetti solo all'art. 101, comma 2, Cost., anche nell'ipotesi di applicazione di norme convenzionali. La Corte però precisa che il giudice non potrà svincolarsi da quanto deciso dalla Corte di Strasburgo in merito agli effetti dannosi accertati e in concreto eliminabili, nel caso in cui torni a trattare il caso e che, soprattutto, l'interpretazione CEDU limita l'interpretazione della norma nazionale solo nel caso in cui vi sia un *“diritto consolidato”*¹⁴⁶.

Allo stato dei fatti non è agevole sostenere che le letture dell'art. 7 elaborate dalla Corte EDU siano dotate di un alto grado di stabilità. Infatti, da una parte la giurisprudenza sul caso Contrada è caratterizzata da elementi di novità e dall'altro, che proprio le sentenze della Corte EDU, in materia di garanzia e legalità nel processo penale, sono dotate di un certo grado di instabilità, almeno all'interno del bilanciamento tra i contrastanti interessi dell'imputato e delle vittime di reato. Ad esempio, nella recente sentenza che fa riferimento ad una fase procedimentale precedente all'esercizio dell'azione penale, e quindi collegata ad un profilo della legalità differente rispetto all'individuazione e alla formulazione del capo d'imputazione, la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 2, 3 e 14 della CEDU per non aver adottato misure preventive, nello specifico di natura cautelare, in un episodio di

¹⁴⁶ BERNARDI S., *I “fratelli minori” di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione - Considerazioni su Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2016 (dep. 18 ottobre 2016), n. 44193, Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim., 2/2017, 270 ss.*; e soprattutto DI GIOVINE, O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale cit.*

violenza domestica, senza indicare quali iniziative concrete, in rapporto a quanto stabilito dal nostro codice di procedura penale, avrebbero potuto e dovuto essere previste ed eseguite.

Si tratta, a ben vedere, di un orientamento che si riferisce al bilanciamento più importante nell'ambito della materia penale, da introdurre tenendo nel debito conto le garanzie che vedono come destinatario il soggetto sottoposto ad indagini e le istanze di repressione criminale a tutela di tutti i consociati.

Alla base del ragionamento elaborato dalla Corte costituzionale, in realtà, sembra che vi sia un margine di discrezionalità esecutiva del giudice nazionale considerato come un principio indefettibile al recepimento della giurisprudenza convenzionale, stando al contenuto limitativo o se si vuole delibazione dell'art. 101, comma 2. Cost. In precedenza, la Corte costituzionale aveva già ragionato nello stesso modo. Nel giudizio di costituzionalità all'interno della sentenza n. 238 del 2014, infatti, in cui era stato sottoposto al suo sindacato l'art. 1 della legge di adattamento alla Carta delle Nazioni degli artt. 2 e 24 Cost., nella parte in cui, all'art. 94, prescrive che *"ciascun membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della CIG in ogni controversia di cui esso sia parte"*, in chiaro collegamento con il caso che alla legge di esecuzione, proprio nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale, poiché la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali costituisce uno dei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" e ad esso non può opporre resistenza la norma denunciata¹⁴⁷. Cosicché, l'art. 1 della legge di adattamento vincola lo Stato italiano, e per esso il giudice, a conformarsi alla sentenza del 3 febbraio 2012 della CIG che lo costringe a negare la propria giurisdizione in ordine alle azioni di risarcimento danni per crimini contro l'umanità in palese violazione del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali.

¹⁴⁷ CORTE COST. Sent. n. 238 del 22 ottobre 2014, in www.cortecostituzionale.it.

Le norme internazionali pattizie, introdotte mediante leggi ordinarie, si dispongono in un livello più basso rispetto a quelle consuetudinarie e dunque *“il giudice comune è tenuto ad applicare il proprio diritto nazionale anche se contrastante con i diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, non potendo procedere alla relativa disapplicazione, ma dovendo limitarsi a sollevare questione di legittimità con qualsiasi altra norma costituzionale dovessero venire a collidere”*, senza neanche la necessità di circoscrivere il sindacato alla sola violazione dei controllimiti.

Una volta vagliate queste pronunce si può considerare che la Corte di Cassazione avrebbe almeno potuto porsi degli interrogativi rispetto a questa possibilità, osservando inoltre le argomentazioni esposte in requisitoria dalla Procura Generale che sottolinea *“il rischio di collocare la CEDU all’interno del nostro ordinamento quasi fosse l’organo del quarto grado di giudizio con il potere di annullare le decisioni della Corte di Cassazione. A parte la ‘convenzionalità’ dell’accertamento operato dai Giudici di Strasburgo, condizionato dai limiti strutturali del giudizio europeo che, nel caso di specie, non hanno consentito alla Corte di conoscere tutti gli atti giudiziari, vi osterebbe l’assenza del potere di interpretare le norme interne e di sindacare, nel merito, le scelte ermeneutiche dei Giudici nazionali. Nella vicenda Contrada, infatti, la CEDU, si è limitata a ricostruire la cronologia dei diversi orientamenti giurisprudenziali interni senza valutare direttamente le disposizioni interne e il loro ambito di applicazione, versante, quest’ultimo, che costituisce prerogativa del Giudice nazionale”*¹⁴⁸.

A questo punto appare opportuno interrogarsi sui motivi che avrebbero dovuto sollecitare i giudici di legittimità a procedere nell’indicazione dei parametri costituzionali rispetto ai quali valutare la compatibilità dell’art. 7 CEDU nell’opera interpretativa dettata dalla Corte di Strasburgo. A tal fine non è possibile ipotizzare interpretazioni alternative, perché questo porterebbe

¹⁴⁸ Dalla Relazione del Procuratore Generale presso la Suprema Corte di Cassazione, in www.giurisprudenzapenale.com, 2017.

all'ingresso nel nostro ordinamento di un principio come quello di prevedibilità delle decisioni giudiziarie non facilmente conciliabile con il nostro ordinamento.

Facendo riferimento a questa lettura dell'art. 7 il principio di legalità nei suoi corollari di tassatività, determinatezza e irretroattività in *malam partem* deve, senza distinzioni, essere impiegato sia in ordine alla disposizione incriminatrice sia alla sua interpretazione, nel modo in cui è stata tracciata dalla giurisprudenza. Quanto affermato pare metta in chiaro che solo entro questi perimetri è giusto dire che il concorso esterno possa essere imputabile, sulla base del fondamento della sentenza, solo a condizione che il precetto penale "vivente", vale a dire l'insieme della disposizione scritta e dell'interpretazione giurisprudenziale, sia accessibile ai destinatari nel preciso momento della realizzazione consapevole delle proprie condotte.

A questo punto ritorna l'assunto di cui già si è ampiamente. Questo concetto non è nuovo alla nostra giurisprudenza che ha fatta propria la pronuncia della Corte costituzionale n. 364 del 1988 che ha perfezionato il profilo dommatico del principio di colpevolezza, da considerare come rimproverabilità soggettiva, in sintonia con l'art. 27 Cost., con l'ulteriore specificazione della conoscibilità della legge penale, ridimensionando il dettato dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non riteneva possibile l'ignoranza inevitabile della legge penale.

Tuttavia, la stessa Corte afferma che: *"E, peraltro, da escludere - contrariamente a quanto mostra di ritenere il giudice a quo - che dalle conclusioni raggiunte a proposito del principio di irretroattività della norma sfavorevole possa automaticamente ricavarsi l'esigenza "convenzionale" di rimuovere, in nome del principio di retroattività della lex mitior, le decisioni giudiziali definitive non sintoniche con il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale in bonam partem"*¹⁴⁹. Inoltre, la Corte stabilisce questa regola interpretativa che ha ad oggetto la contrapposizione fra l'art. 673 c.p.p. e l'art. 7 Convenzione EDU, nella parte in

¹⁴⁹ CORTE COST. Sent. n. 230 del 12 ottobre 2012, in www.cortecostituzionale.it.

cui non indica fra i casi di revoca della sentenza di condanna anche quanto stabilito dalla giurisprudenza in senso favorevole al reo in base ad una pronuncia delle Sezioni Unite. Tali valutazioni sono importanti perché dimostrano l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in merito ad una fattispecie di reato. Nell'evoluzione del percorso giurisprudenziale nel 1994 vi è stata la prima pronuncia a Sezioni Unite della Suprema Corte, ma da quel momento vi sono state successive pronunce, ognuna contraddistinta da una differente individuazione dei confini della fattispecie di concorso esterno almeno fino a giungere poi alla *Mannino-bis*¹⁵⁰.

Appare dunque appropriata la distinzione tra l'obbligo del giudice nazionale di non applicare la legge interna che sia in contrasto con il diritto UE, che non causa nessuna violazione dell'art. 101, comma 2 Cost., dall'obbligo di inclusione di un principio, come quello della necessaria prevedibilità delle decisioni giudiziarie, che non mira più all'integrazione tra due ordinamenti caratterizzati da competenze diverse, ma incide direttamente sull'indipendenza funzionale del giudice. Il compito del giudice consiste nel cercare di assicurare l'unità del diritto, avendo sempre la possibilità di poter ripensare l'orientamento precedente per garantire una rispondenza effettiva delle disposizioni di legge - e delle rispettive norme - al concreto sentire sociale. Questa descritta è proprio una prerogativa riconosciuta al giudice che però non sembra compatibile con l'ipotesi secondo la quale si consideri che una sentenza di condanna possa essere in contrasto con il principio di legalità solo sulla base dell'imprevedibilità dell'interpretazione normativa, quando quest'ultima sia perfettamente in assonanza con il dato codicistico.

Prima di affrontare il tema dell'applicabilità del principio di prevedibilità, con particolare attenzione al già citato caso Contrada, si può già ritenere che i

¹⁵⁰ SCARANO L.A., *L'interpretazione conforme al diritto dell'U.E. nella giurisprudenza civile di legittimità*, in (a cura di Bernardi A.) *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico - Atti del convegno inaugurale del Dottorato di ricerca "Diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali"*, Napoli, 2015, pag. 208.

giudici di legittimità avrebbero dovuto porsi i problemi già descritti in precedenza, giungendo almeno ad ipotizzare l'astratta possibilità di proporre una questione di legittimità costituzionale. Vista l'articolazione del problema relativo alla conciliabilità del principio in oggetto che, invero, appare discutibile per quanto si è detto, sarebbe forse stato conveniente investire la Corte costituzionale che *"appare l'organo culturalmente meglio attrezzato per svolgere le delicate (ed inevitabilmente discrezionali) riflessioni che portano ad affermare oppure a negare l'esistenza di un diritto vivente di matrice giurisprudenziale. Essa, soprattutto, al di là dalla condivisibilità o meno dell'esito della decisione, è in grado di imporlo a tutti (sempre ovviamente che non si esprima con una sentenza meramente interpretativa di rigetto)"*¹⁵¹.

Questa affermazione, non risolve il problema che caratterizza la fattispecie del concorso esterno, cioè il difetto di tipicità legislativa che la connota e che è attribuibile, non tanto alla sua evoluzione giurisprudenziale, ma al meccanismo alla base dell'operare delle norme di estensione della punibilità. A tale riguardo non bisogna dimenticare i rilievi di incostituzionalità sollevati frequentemente nei confronti di tali disposizioni da parte della dottrina, ma fino a quando troveranno concretizzazione nel nostro codice sarà compito del giudice delle leggi quello di confrontare, in una prospettiva di carattere sistematico, un paragone con altra norma che suscita perplessità, quella dell'art. 40 comma 2 c.p., sottoposta di frequente a simili censure da parte della dottrina. Ed infatti, sul piano squisitamente causale sul quale è stato esaminato il concorso esterno, l'art. 40 comma 2 c.p. si fonda sulla clausola di equivalenza normativa e non naturalistica, cosa che appare atipica all'interno del codice penale e di conseguenza, dimostra grandi difetti di precisione nella combinazione con le fattispecie di parte speciale.

¹⁵¹ DELBONO L., *Il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge di fronte all'ossimoro della cristallizzazione del diritto vivente. L'epilogo dell'affaire Contrada*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2017.

Ad esempio, è molto discussa la sua applicazione alla categoria dei reati a forma vincolata. Seppure all'interno della giurisprudenza si registrano possibili oscillazioni in materia, che derivano da un difetto di precisione dell'art. 40 comma 2 c.p., nel contempo non appare congrua rispetto al sistema delle garanzie in materia penale la soluzione della cristallizzazione di un orientamento.

Si ritiene in dottrina che la Corte di Cassazione avrebbe ben potuto sollevare questione di legittimità costituzionale della legge 4 agosto 1955 n. 848 per violazione dell'art. 101 comma 2 Cost. nella parte in cui, recependo l'art. 46, chiarisce l'onere del giudice nazionale di conformarsi ad una sentenza della Corte EDU che comporti, in base all'art. 7 CEDU, non soltanto la eliminazione degli effetti dannosi che discendano da un'accertata violazione, ma anche la penetrazione nell'ordinamento di un principio di necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in materia penale. La Corte di Cassazione, avrebbe dovuto farlo, soprattutto se si pensa che la giurisprudenza nazionale, nel periodo delle condotte contestate a Contrada, prevedeva la configurabilità del concorso esterno in fattispecie associativa come quelle di banda armata o di associazione terroristica, sulla base di un espresso dettato legislativo stabilito dal codice penale¹⁵². Appare così paradossale che l'ipotesi di una responsabilità a titolo di concorso esterno non fosse prevedibile (a limite, il dubbio poteva riferirsi alla differente qualificazione associato) da parte di un soggetto che faceva parte delle forze dell'ordine e che aveva un ruolo al vertice delle medesime¹⁵³.

Contrada, infatti, proprio a causa delle sue particolari competenze, non poteva pensare che fossero esenti da rilevanza penale condotte fiancheggiatrici gravi come la comunicazione di informazioni su indagini realizzate dall'autorità

¹⁵² DONINI M., *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2017.

¹⁵³ VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni e L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Esi, Napoli, 2016.

giudiziaria, l'agevolazione della latitanza di soggetti associati, il rilascio di titoli abilitativi alla guida e di porti d'armi. A tal proposito, è possibile almeno affermare che non si sarebbe potuti giungere ad una simile conclusione mediante il parametro dell'ignoranza inevitabile ex art. 5 c.p., dal momento che tutto il corredo probatorio vagliato dai diversi processi deponeva nel senso della piena consapevolezza della censurabilità della propria condotta.

Par. 3. - Profili di un possibile conflitto tra il diritto dell'Unione europea e identità nazionale italiana.

Si è da sempre sostenuto che alla base della regolazione dei rapporti di ogni comunità vi sono i conflitti. Infatti, basti pensare che una comunità senza conflitti non avrebbe la necessità di un ordinamento che indichi e consolidi regole per risolvere tali conflitti. Dunque, non sorprende il fatto che il tema dei conflitti sia sempre più oggetto di dibattiti all'interno dell'analisi dell'evoluzione del diritto pubblico europeo.

In questa prospettiva lo strumento dei controlimiti acquista sempre più rilevanza e suscita sempre maggiore attenzione, perché da una parte si collocano al fondo del contrasto fra ragioni costituzionali dell'Unione, dall'altra si propongono a tutela dell'identità costituzionale degli Stati membri. Ma dei controlimiti si tratterà più avanti.

Proprio di recente è possibile notare quanto il tema dell'identità e dell'integrità nazionale sia divenuto uno degli argomenti di particolare indagine nel diritto costituzionale europeo. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht il tema è divenuto, non solo materia di diritto positivo, grazie all'introduzione del principio del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri nel Trattato sull'Unione europea, ma soprattutto oggetto di ampia attenzione dottrinale.

Ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, all'interno della giurisprudenza di alcune Corti costituzionali nazionali, l'identità

costituzionale era considerata come principio tipico del diritto costituzionale per poi divenire lo strumento argomentativo utilizzato anche da altre Corti per farsi spazio nella giurisprudenza della stessa Corte di giustizia.

Il tema di controlimiti, fino a poco tempo fa, connotava un particolare squilibrio tra la vasta produzione teorica e l'irrilevanza; così come la mancata attuazione concreta dei controlimiti si registrava nell'effettiva esperienza della giurisprudenza delle Corti costituzionali degli Stati membri e della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁵⁴.

Per essere più chiari i controlimiti venivano usati sempre più spesso come argomento di carattere teorico, ma mai come concreto strumento risolutivo utilizzato dalle Corti. Una parte della dottrina faceva in realtà riferimento alla disposizione del Trattato sull'Unione europea che prevede, fra le finalità dell'Unione, il rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e della loro identità nazionale che connota poi la loro struttura fondamentale politica e costituzionale, così come previsto dall'Articolo 4(2) TUE.

Non vanno tuttavia sottaciute due possibili sviluppi di un tale assunto. Secondo una prima prospettiva, quando si parte dal presupposto che gli elementi essenziali dell'identità costituzionale sono il risultato del costituzionalismo, come ad esempio la tutela dei diritti fondamentali, la separazione dei poteri, il principio democratico, si prende atto che tali prerogative non vengano negate, ma accade piuttosto che queste, in termini evolutivi, vengano ribadite e consolidate all'interno del processo di integrazione europea. A testimonianza di ciò va detto che la salvaguardia di questi principi è proprio tra le finalità dell'Unione, ma soprattutto costituisce il patrimonio costituzionale comune degli Stati membri, con la conseguente previsione della possibilità di attivare i controlimiti per tutelare e garantire tali principi. Questa stessa operazione potrebbe non essere valida nel caso di interpretazioni diverse e confliggenti

¹⁵⁴ MARTINICO G., *L'integrazione silente*, Jovene, Napoli, 2009.

rispetto al valore da attribuire a principi contrapposti che si riferiscano all'identità costituzionale all'interno di un'attività di bilanciamento¹⁵⁵. Stando a questa prospettiva, sembrerebbe che i controlimiti, siccome poco considerati all'interno della giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali e della Corte di giustizia dell'Unione europea, siano guardati solo come strumenti idonei a risolvere eventuali conflitti.

Vi è poi una diversa prospettiva, secondo la quale ricondurre all'identità costituzionale degli Stati membri elementi caratteristici non per forza previsti all'interno del patrimonio costituzionale comune europeo, come ad esempio, la preservazione della sovranità monetaria, il controllo delle frontiere esterne dello Stato, e così via.

Il tema della tutela dell'identità costituzionale è stato oggetto di ampi dibattiti, ma molto c'è ancora da dire. Vi è stata, ad esempio, poca considerazione per la tutela di elementi non condivisi dell'identità costituzionale a causa dell'incapacità strutturale del meccanismo giurisdizionale di trovare soluzioni a conflitti che potrebbero nascere tra il diritto dell'Unione e questi caratteristici elementi dell'identità costituzionale di uno Stato membro.

Vi sono casi in cui è necessario assicurare identità costituzionali "asimmetriche" tra gli Stati membri, cioè quelle i cui elementi non siano previsti nel patrimonio costituzionale comune europeo e il meccanismo giurisdizionale non sarebbe capace di garantire una diversificazione *ex post* del diritto dell'Unione o altre possibilità che possano risolvere preventivamente i conflitti con quei caratteristici elementi delle identità costituzionali degli Stati membri. Senza coinvolgere nessuna Corte, nazionale o sovranazionale, quel risultato si potrebbe ottenere in modo molto più significativo nel circuito politico-istituzionale, oltre il giuridico. Vi sono due modalità per risolvere questo tipo di situazioni guardando dalla prospettiva degli Stati membri, trattenere il controllo

¹⁵⁵ PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna 2002.

sulle decisioni che possano entrare in contatto con elementi sensibili per le loro identità costituzionali, prevedendo ad esempio il requisito dell'unanimità per attuare decisioni in quegli ambiti ovvero praticare un'applicazione diversa del diritto dell'Unione, al fine di realizzare l'integrazione europea in modo tale da evitare il conflitto fra il diritto dell'Unione e precisi interessi nazionali che siano direttamente connessi all'identità costituzionale di uno Stato membro.

Fino ad ora è possibile constatare che tutti gli strumenti di gestione dei conflitti si sono rivelati in realtà insufficienti e inadeguati. Di conseguenza è stato possibile notare che le Corti costituzionali, che per lungo tempo avevano solamente teorizzato i controlimiti, hanno incominciato a farvi concreto ricorso. Ad esempio, la Corte costituzionale italiana ha utilizzato i controlimiti con funzione di parametro in questioni di legittimità costituzionale.

Non è possibile affermare con certezza che questi sviluppi siano il segnale della presenza di una forza di disgregazione giuridica all'interno dell'Unione dovuta anche ai giudici a cui invece è sempre stato riconosciuto un ruolo fondamentale ai fini dell'integrazione europea¹⁵⁶. C'è da dire che l'uso dei controlimiti ai fini della risoluzione di questioni di legittimità costituzionale è un avvenimento nuovo che potrebbe mettere in crisi la tenuta del sistema, anche se d'altro canto l'ipotesi dei controlimiti come strumento di risoluzione di controversie multilivello non è uno sviluppo per imprevedibile e non per forza preoccupante.

Ripetutamente si è visto come gli Stati membri per difendere aree sensibili rispetto all'identità costituzionale nazionale abbiano fatto uso di "limiti" invece che dei "controlimiti". Ciò è avvenuto *in primis*, attraverso l'esclusione di materie che si riferivano alla sovranità statale dall'impatto dell'Unione europea e, successivamente, mediante il mantenimento del meccanismo decisionale dell'unanimità su queste particolari materie. Per esempio, la limitazione

¹⁵⁶ RUGGERI A., *Conflitto tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili seguiti della 238 del 2014*, in www.giuricost.org, 5 marzo 2015.

dell'integrazione sovranazionale veniva considerata potenzialmente sensibile per le identità costituzionali degli Stati membri. Di recente, vi sono stati effettivamente interventi dell'Unione in questi ambiti, tuttavia sorprende il fatto che solo ultimamente siano nati i primi conflitti che toccano aree del diritto e dell'esecuzione penale (ad esempio il caso Taricco). Fino a questo momento i nuovi conflitti sono stati affrontati con particolare prudenza mediante un uso accorto dello strumento del rinvio pregiudiziale e con decisioni interlocutorie che mettono in luce il reciproco riguardo che le Corti dimostrano all'interno di un ordinamento integrato e ispirato al pluralismo costituzionale.

In una situazione di questo tipo pare che i controlimiti abbiano una funzione fisiologica che è in perfetta sintonia con quella "europeizzazione" dei controlimiti a cui la clausola dei Trattati, che stabilisce il rispetto delle identità costituzionali nazionali, si riferisce. L'orientamento giurisdizionale e quello politico alla tutela di interessi connessi ai caratteri costituzionali specifici di determinati Stati membri sono sempre esistiti e soprattutto nell'Unione, a seguito dell'accettazione del Trattato di Maastricht, i due approcci si sono reciprocamente perfezionati. L'integrazione differenziata è stata una risorsa importante per risolvere preventivamente eventuali conflitti all'interno del particolare spazio destinato all'identità costituzionale, anche se frequentemente è stata guardata con diffidenza, perché considerata come un limite alla costruzione di un'integrazione politica europea. Non è certo facile conferire trattamenti differenziati e talvolta "privilegiati" soltanto ad uno Stato membro, poiché possono non essere accettati dagli altri Stati. Questo ha portato quegli Stati nazionali, cioè quelli che erano favorevoli al processo di integrazione europea, ad attribuire agli Stati contrari particolari condizioni che non erano per forza fondate sulla tutela di un interesse costituzionale e neanche legato a qualche aspetto dell'identità costituzionale di quello Stato membro. Invece, si è cercato di sostenere preferenze politiche momentaneamente prevalenti ed emergenti nello

Stato membro in questione. E, anche facendo un bilancio nel lungo periodo, ciò non ha prodotto risultati per forza disgregativi.

Probabilmente il trattamento privilegiato può essere considerato come il mezzo attraverso cui sostenere preferenze politiche diverse di un Governo di uno Stato membro, ma per capirne l'efficacia è necessario che passi del tempo.

Par. 4. - *Il vincolo di rispetto delle decisioni Corte EDU per il giudice nazionale.*

Attualmente il tema dell'efficacia e della omogeneità nella protezione dei diritti fondamentali in Europa è particolarmente sentito e urgente.

Il giudice comune italiano, al fine di risolvere eventuali conflitti e contraddizioni interne, non dovrebbe attendere “soluzioni europee”. Seppure non sempre è stato fatto adeguatamente, occorrerebbe piuttosto provvedere all'effettiva e concreta conoscenza ed esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo che ha il compito di interpretare la Convenzione e di garantire standard minimi di tutela dei diritti umani.

Per due ordini di ragioni quest'opera appare fondamentale. Prima di tutto per scongiurare altre condanne a Strasburgo per violazioni sistematiche della CEDU più volte denunciate e che non hanno mai trovato soluzione e poi perché i diritti fondamentali, sanciti e tutelati dalla stessa CEDU, emergenti dalle tradizioni costituzionali comuni, rappresentano “principi generali” dell'Unione Europea.

Non è di agevole descrizione il rapporto tra giudici nazionali, Corte di Strasburgo e Corte del Lussemburgo così come è complesso l'esatto posizionamento della CEDU all'interno del sistema delle fonti, anche se non basta a comprenderne il ruolo nel nostro ordinamento giuridico¹⁵⁷. C'è da dire che la Convenzione ha in sé molti diritti protetti che sono già compresi nella Carta

¹⁵⁷ RUGGERI A., *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in www.diritticomparati.it, 2011.

Costituzionale italiana del 1948, fondamento della nostra tradizione repubblicana, che piuttosto comprende una molteplicità complessa e diffusa di diritti tutelati.

Tuttavia, la soltanto Corte EDU, diversamente dalla Corte Costituzionale e dalla Corte GUE, può essere adita con un ricorso individuale per la violazione delle disposizioni sostanziali contenute nella Convenzione e nei Protocolli, ciascuna di immediata applicazione. Quindi, non è in dubbio la forza e il carattere di tale strumento di diritto internazionale dovuti anche al suo continuo rinnovamento interno della giurisprudenza pretoria. La protezione dei diritti umani a livello nazionale e internazionale opera secondo criteri di effettività e di sussidiarietà e questo fa sì che la Corte EDU non sia una corte gerarchicamente superiore rispetto alle autorità giudiziali nazionali. Non vi è infatti un rapporto di tipo verticale rispetto alle altre Corti, nel caso in cui si verificano delle controversie che abbiano ad oggetto un problema di applicazione di diritto comunitario in contrasto con diritti umani protetti dalla Convenzione.

Oramai da molto tempo l'attenzione da parte della dottrina è concentrata ed è costante sull'evoluzione dei rapporti tra la Corte di Strasburgo, la Corte del Lussemburgo ed i giudici nazionali, al fine di attuare un'appropriata protezione multilivello dei diritti fondamentali in Europa. Nello specifico, facendo fede al principio di sussidiarietà, nella speciale prospettiva dei giudici comuni sono particolarmente considerati e presi in esame i rimedi che possono essere utilizzati nel caso concreto per garantire un'effettiva tutela dei diritti umani. Tra questi, è possibile citare: l'interpretazione conforme (applicazione indiretta della Convenzione); la disapplicazione della legge nazionale (controllo diretto di Convenzionalità diffuso); ed infine il rinvio di costituzionalità per un controllo centralizzato *ex post* da parte della Corte Costituzionale, a tutela del rispetto da parte della Convenzione dei controlimiti individuati dalla Consulta¹⁵⁸.

¹⁵⁸ DE AMICIS G., *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 giugno 2013.

Non si può negare che tutto questo complesso e variegato apparato operativo ha spesso generato rilevanti tensioni.

Nello specifico sono stati indicati da parte della dottrina due distinti percorsi al fine di poter risolvere il problematico rapporto tra diritto comunitario e applicazione della CEDU, ordinamenti di diritto internazionale effettivamente differenti per oggettiva finalità e soggettiva adesione.

Prima di ogni altra cosa è stato determinante il fatto che il sistema del diritto comunitario si sia dotato di una sua propria catalogazione di diritti fondamentali, così che la protezione di un nucleo di diritti intoccabili, convergenti con i diritti della CEDU, trovasse una fonte interna all'Unione. È così che è stata adottata la Carta di Nizza o Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Con l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU si è individuato un soggetto giuridico destinato a ratificare il trattato in posizione paritaria con i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. Difatti, l'adesione è considerata come un dovere giuridico per l'Unione Europea sancito dall'art. 6 § 2 TEU. Nel tempo vi è stata la sostanziale adesione da parte dei Governi di tutti gli Stati dell'UE, ma tale adesione non si è completamente realizzata per una serie di ragioni stabilite dalla Corte GUE.

Vi è da osservare a tale proposito che è precipuo compito dei giudici di Strasburgo, stabilire come agire in futuro nei casi di violazioni della Convenzione da parte del diritto dell'UE, ma è da attribuire alle autorità nazionali il preciso obbligo giuridico di dare conforme e corretta esecuzione alle sentenze Corte EDU in applicazione dell'art. 46 §1 della Convenzione. Tale compito, in realtà, grava sul legislatore.

In secondo luogo, all'interno di tutti gli Stati membri che siedono nel Consiglio d'Europa è stato conferito ai giudici nazionali il complesso ruolo di garanti del rispetto dei diritti umani, assicurando l'effettività e l'omogeneità della protezione ed applicando i principi della giurisprudenza della Corte EDU nel caso concreto. Proprio per questo si dice che sono giudici *a quibus*, cioè naturali e

principali interlocutori della Corte di Strasburgo. Certo è che, a seguito delle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 22 ottobre del 2007 il giudice italiano può seguire il percorso indicato dalle medesime che, quindi, impongono al giudice interno, nel caso in cui fosse impossibile un’interpretazione conforme della disposizione legislativa interna nell’avvenuto contrasto con la CEDU, sollevare questione di costituzionalità. Tale meccanismo si instaura per cercare di evitare un ingresso automatico e immediato nel nostro ordinamento giuridico della disciplina convenzionale e dare modo alla Consulta di effettuare un controllo centralizzato *ex post* della stessa norma della Convenzione, la quale si posiziona ad un livello legislativo rinforzato (o sub-costituzionale) e, dunque, potrebbe porsi anche in conflitto e quindi imponendo la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli “obblighi internazionali”.

È importante sottolineare come tale controllo esclusivo centralizzato *ex post* di compatibilità della legge con la Convenzione e sulla dottrina dei controlimiti ha avuto importanti effetti nell’indicazione dell’elaborazione giurisprudenziale interna in materia di diritto della Convenzione. La concreta esecuzione delle sentenze della Corte EDU, secondo quanto stabilito dall’art. 46 § 1 Convenzione, grava sugli Stati membri, sul legislatore e sul governo che hanno gli strumenti, ad esempio con atti aventi forza di legge, di disciplinare in via generale ed astratta cercando di eliminare la causa della violazione sistematica. Ad esempio, questo è stato il caso della c.d. legge Pinto¹⁵⁹ e poi, recentemente, degli adeguamenti normativi indispensabili per dare esecuzione alla nota sentenza Torreggiani¹⁶⁰.

Par. 5. - Brevi note di diritto comparato. I rimedi esistenti negli altri Stati.

¹⁵⁹ Legge 24 marzo 2001, n. 89, come successivamente modificata, sull’equa riparazione per irragionevole durata del processo.

¹⁶⁰ CORTE EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 2013.

Volgendo l'attenzione anche nei confronti di altri Stati, in una brevissima prospettiva di diritto comparato, non si può mancare di sottolineare l'importanza del ruolo conferito al giudice nazionale che ha il compito di assicurare il rispetto del diritto della Convenzione, come ad esempio in Francia dove al controllo di costituzionalità *ex post* si lega un *contrôle de conventionnalité ex ante*.

Si tratta di un controllo diffuso che grava su ogni giudice comune, il quale può ovviare al contrasto con la disapplicazione della legge interna confliggente con la CEDU. Sul punto va precisato che la Francia non fa parte di quegli Stati in cui la Convenzione è stata espressamente costituzionalizzata.

Il problema che grava sull'Italia innanzi alla giurisdizione di Strasburgo è quello di garantire un'effettiva esecuzione alle sentenze della Corte EDU e la risoluzione di tale problema è indispensabile per preliminarare e prevenire nuove violazioni sistematiche e talvolta seriali. Riportare alcuni dati in questa sede può essere utile. Stando alle ultime rilevazioni statistiche pubblicate dal *Registry* della Corte, a gennaio 2015 risultano pendenti 15.645 processi proposti contro l'Italia e di questi, al 1° luglio 2014, i casi ripetitivi, tra tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, erano 11.639 per l'Italia, 11.558 per l'Ucraina, 5.871 per la Turchia, 2.551 per la Federazione Russa, 1.702 per la Serbia, 1.633 per la Romania e 1.047 per il Regno Unito¹⁶¹.

Quindi, precisamente in un anno, e cioè da ottobre 2013 a ottobre 2014, si legge nel Rapporto del Comitato sugli Affari Legali e Diritti Umani presso il Consiglio d'Europa 2014, che la Corte ha verificato 11 violazioni maggiori di diritti umani nei confronti dell'Italia, cioè per violazione dell'art. 2 (diritto alla vita) e 3 (proibizione di tortura, e comportamenti inumani e degradanti), il nucleo dei diritti assoluti che non consentono nessun bilanciamento da parte delle autorità nazionali, né della Corte stessa.

¹⁶¹ *Committee on Legal Affairs and Human Rights, The effectiveness of the European Convention on Human Rights: the Brighton Declaration and beyond*, p.7; rapporto doc. AS/Jur (2014) 33, adottato all'unanimità dal Comitato il 10 dicembre 2014.

È curioso rilevare che dei 15.645 casi di violazione ripetitivi circa 4.200,00 ricorsi riguardavano posizioni simili a quelle del ricorrente Torreggiani, poi cancellati dal ruolo a seguito dei provvedimenti specificamente adottati dal Governo Italiano nel corso del 2014 in esecuzione della sentenza omonima. Alla fine del 2013, gli Stati contraenti con il maggior numero di casi sotto osservazione da parte del Comitato dei Ministri presso il Consiglio d'Europa per mancata esecuzione di sentenze della Corte EDU erano: Turchia (13%), Federazione Russa (11%), Ucraina (8%), Bulgaria (7%), Romania (6%), Moldavia e Italia (5% ciascuna), Grecia, Polonia e Croazia (4% ciascuna).

Dunque, in definitiva, solo una effettiva esecuzione dei provvedimenti della Corte EDU che hanno rilevato violazioni può evitare ulteriori violazioni e portare a una concreta limitazione del contenzioso per il futuro e, cosa più importante nella prospettiva della giurisdizione, a una concreta tutela e a un attento rispetto dei diritti umani nel nostro Paese.

Ancora, l'intervento sempre più partecipativo e frequente da parte della Corte EDU, grazie all'iniziativa dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa e a Protocolli immessi di recente e al mutamento della giurisprudenza pretoria, tutto questo ha ampliato maggiormente l'efficacia della "cosa giudicata", spingendosi decisamente per una efficacia oltre le parti del singolo processo stabilito a Strasburgo.

Quanto detto sino a ora mette in luce una particolare autorevolezza conquistata nel tempo dal giudice europeo dei diritti umani, per cui è possibile cogliere più facilmente la centralità del diritto della Convenzione all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali europei, tra cui il nostro ordinamento, evincibile non soltanto dalla sua presenza e dallo spazio occupato nel panorama delle fonti in posizione superiore rispetto a quello della legge ordinaria.

Diversamente da altri ordini giudiziari di Stati europei che hanno costituzionalizzato la Convenzione il giudice comune italiano trova una sua linea guida protocollare in quanto stabilito dalla Corte Costituzionale con le sentenze

nn. 348 e 349/2007. Dunque, solamente la Corte EDU è assegnato il compito di attuare il diritto della Convenzione ai fini di una sua applicazione successiva da parte del giudice comune tramite l'interpretazione conforme, ma, di contro, il controllo di convenzionalità delle leggi italiane spetta alla Consulta con l'esclusione della loro disapplicazione da parte del giudice naturale in caso in cui vi fosse un contrasto non risolvibile in via interpretativa. C'è da constatare ancora una certa differenza e distanza in Italia rispetto alla produzione normativa europea dei diritti e questo, conseguentemente, è causa di incertezze nella protezione giudiziale effettiva da parte del giudice comune, sia per quanto concerne i diritti fondamentali sia per quanto riguarda il diritto della Convenzione. Si tratta di uno dei motivi della ridotta conoscenza della giurisprudenza della Corte EDU dimostrata da parte degli avvocati e dei giudici comuni che non sono sollecitati e motivati nell'individuare nelle sentenze di Strasburgo uno strumento subito attuabile e utilizzabile rispetto alla fattispecie concreta. Questo comporta delle conseguenze estremamente negative per la giurisdizione italiana, perchè una sentenza che realizza concretamente un bilanciamento di diritti protetti dalla Convenzione come interpretati dalla Corte EDU è una sentenza più resistente, a cui il giudice europeo dei diritti umani dovrà "sottostare", fatta salva la presenza di ragioni particolari.

Si può asserire che, soprattutto negli ultimi anni, il già richiamato dialogo tra le Corti del Lussemburgo, di Strasburgo e i giudici nazionali abbia confidato in questa possibilità di riduzione di tali differenze. Il giudice comune ha un ruolo importante in tal senso che può realizzare grazie anche all'utilizzo consapevole di ricorso al rilievo d'ufficio nel caso di violazione della Convenzione e mediante ricorso ad un'interpretazione conforme intensa che miri alla certa protezione dei diritti fondamentali, attraverso l'applicazione e l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU. Inoltre, sarebbe importate capire come poter colmare i vuoti normativi attraverso l'utilizzo della Convenzione. È certamente complessa questa possibilità, soprattutto nel diritto penale, dovendosi prendere in

considerazione in maniera accorta i principi di obbligatorietà dell'azione penale, tipicità e certezza.

In conclusione, bisogna auspicare un incessante e ricco dialogo tra Corte costituzionale, Corti europee e giudici comuni, fondato su rinnovata fiducia, senza che nessuno si senta unico, ma che, anzi, porti a un pacifico confronto, avendo come obiettivo comune e condiviso quello di fornire ciascuno e a proprio modo un contributo integrativo che abbia come finalità la difesa e la tutela dei diritti umani.

Par. 6. - I rimedi per disinnescare i conflitti tra le Corti. Questione di legittimità costituzionale e rinvio pregiudiziale.

A differenza di un precedente orientamento, oggi, la Corte costituzionale appare legittimata a fare uso, nei giudizi instaurati in via principale così in quelli instaurati in via incidentale dalla "giurisdizione nazionale", dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione¹⁶².

Questo perché per molto tempo la Corte ha rifiutato la propria natura di "giurisdizione nazionale" e quindi di giudice a cui è conferita dai Trattati istitutivi la possibilità di proporre il rinvio pregiudiziale, conferendo così al giudice comune il compito di trovare soluzione alle questioni interpretative oppure di validità rispetto al diritto sovranazionale. Diversamente tale orientamento, per quanto attiene alle tecniche decisorie, è stato caratterizzato da ordinanze con le quali la Corte ha deciso la restituzione degli atti al giudice *a quo* in modo tale che quest'ultimo resolvesse la pregiudiziale, ancor prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

¹⁶² Per quanto riguarda i giudizi in via principale, cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 103 del 2008. Per quelli instaurati in via incidentale cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2013. Per un commento di questa seconda decisione si rinvia a GUASTAFERRO B., *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.

Si noti che per lungo tempo la Corte ha dimostrato una certa riluttanza nei confronti dell'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale, probabilmente per garantirsi e riservarsi spazi di autonomia interpretativa rispetto al giudice sovranazionale, eludendo in tal modo la possibilità dell'instaurazione di un rapporto gerarchico tra le due Corti a danno delle prerogative del giudice¹⁶³. Nel merito della questione, vi è stata una significativa ordinanza, e precisamente la n. 103 del 2008, che ha stabilito il primo rinvio pregiudiziale della Corte ed è stata importante perché ha fatto cessare una lunga fase di "dialogo indiretto" con la Corte di Giustizia. Questo ha rappresentato un forte e decisivo segnale da parte della Corte costituzionale, la quale pareva avesse riconosciuto un confronto con il giudice sovranazionale produttivo per entrambe le parti.

Inoltre, nella sentenza n. 168 del 1991 emessa dopo un giudizio in via incidentale la Corte aveva dichiarato di poter far ricorso al rinvio pregiudiziale¹⁶⁴. A seguito di tale decisione del 1991 si è registrata una certa resistenza nei confronti dell'istituto del rinvio, fino a giungere all'ordinanza n. 536 del 1995, anche questa definita in sede di giudizio incidentale, tramite la quale la Corte dichiarò in maniera chiara di non far parte delle "giurisdizioni nazionali" abilitate ad interrogare la Corte di Giustizia tramite il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (poi art. 234 TCE, ora art. 267)¹⁶⁵.

Inoltre, nell'ordinanza del 1995 la Corte costituzionale mise in rilievo i diversi compiti che le sono attribuiti rispetto a quelli che di solito sono propri degli organi giurisdizionali, rendendo così solo i giudici comuni detentori del

¹⁶³ SALMONI F., *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali*, in Falzea P., Spadaro A., Ventura L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio - 1 giugno 2002*, Giappichelli, Torino, 2003.

¹⁶⁴ CORTE COST. Sent. n. 168 del 18 aprile 1991, in www.cortecostituzionale.it, in particolare al punto 6 del Considerato in diritto.

¹⁶⁵ CARTABIA M. - GENNUSA M., *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009.

potere di porre alla Corte di Giustizia questioni pregiudiziali sulla validità o sull'interpretazione della normativa¹⁶⁶.

C'è da dire in proposito che un consolidamento del ruolo dei giudici comuni era già stato apportato grazie alla sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale¹⁶⁷, perché conferiva ai giudici comuni, la possibilità di risolvere i contrasti tra i due ordinamenti senza proporre una questione di legittimità costituzionale. Inoltre, questa importante sentenza n. 170 del 1984, ha messo in evidenza altri principi. Ad esempio, in caso di incompatibilità fra diritto interno e diritto comunitario che non sia immediatamente applicabile, il giudice comune deve impugnare il diritto interno davanti alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 11 Cost., così questa incompatibilità trova risoluzione con la declaratoria di incostituzionalità della norma interna.

Ancora, la sentenza citata mette in chiaro un altro principio per il quale la Corte mantiene la competenza a giudicare le vicende che abbiano ad oggetto un contrasto tra i due ordinamenti, nell'ipotesi di presunta violazione da parte del diritto comunitario dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona umana. Tali "controlimiti" comportano teoricamente l'impugnazione nel caso in cui vi sia contrasto con il nucleo essenziale dei principi¹⁶⁸. Ora, nel caso di giudizi in via d'azione, e cioè nei casi in cui non sia possibile fare riferimento all'intermediazione di un giudice comune, è compito della Corte quello di trovare soluzione a tutte le vicende che presentino incompatibilità fra i due ordinamenti, anche nel caso di questioni relative a fonti comunitarie che abbiano efficacia immediata.

Soltanto nel 2008 la Corte ha chiarito, per la prima volta, la propria legittimazione al rinvio pregiudiziale nei giudizi in via principale. Ed infatti, la

¹⁶⁶ PACE A., *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, pag. 451.

¹⁶⁷ CORTE COST. Sent. n. 170 del 1984, entrambe tali ipotesi sono richiamate nel punto 7 del Considerato in diritto.

¹⁶⁸ RUGGERI A., *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in Costanzo P., Mezzetti L., Ruggeri A. (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006.

Corte costituzionale, nella sentenza n. 102¹⁶⁹ e nella contestuale ordinanza n. 103¹⁷⁰, ha stabilito di poter fare ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale in qualità di giurisdizione nazionale¹⁷¹.

Si tratta da parte della Corte di un cambiamento di rotta epocale molto importante. In questa nuova prospettiva differente e propria dell'ordinamento comunitario, consolidata recentemente, si inserisce a ragione l'ordinanza n. 103 del 2008 che fa propria una nozione di "giurisdizione nazionale" più diffusa di quella comunemente intesa negli ordinamenti interni.

La vicenda che attiene alla questione pregiudiziale che ha comportato il rinvio del 2008 a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, si è conclusa con la sentenza di incostituzionalità n. 216 del 2010, per cui in un giudizio in via d'azione il diritto interno che non sia compatibile con il diritto comunitario è soggetto ad essere dichiarato incostituzionale¹⁷².

L'occasione di ricorrere al rinvio pregiudiziale può essere considerata come riservata ai giudizi in via d'azione oppure può essere interpretata come una nuova possibilità che conduce all'utilizzo del rinvio pregiudiziale anche all'interno delle altre competenze della Corte, al solo fine di instaurare un proficuo dialogo¹⁷³. Questo tipo di soluzione può essere adottato nel caso in cui non ci sia un giudice comune cui dare il compito di dialogare in modo diretto con la Corte di Giustizia, anche nel caso dei giudizi in via incidentale ad esempio, quando un giudice ci sia, ma il problema interpretativo o il dubbio sulla validità della norma comunitaria comunque si ponga davanti alla Corte¹⁷⁴.

¹⁶⁹ CORTE COST. Sent. n. 102 del 15 aprile 2008, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁷⁰ CORTE COST. Ord. n. 103 del 15 aprile 2008, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁷¹ SORRENTINO F., *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur.cost.*, 2008. Per una ricostruzione delle posizioni altalenanti assunte in proposito dalla Corte si veda CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹⁷² CORTE COST. Sent. n. 216 del 17 giugno 2010, in www.cortecostituzionale.it, in materia di tutela della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza. Lo schema del "doppio binario" prevede che il diritto interno in contrasto con il diritto comunitario dotato di effetti diretti sia soggetto a due sorti diverse: la non applicazione o la dichiarazione di incostituzionalità (per violazione dell'art. 11 Cost. e, dopo la riforma del Titolo V, anche dell'art. 117, primo comma, Cost.), a seconda che vi sia o meno un giudice che possa provvedere all'immediata applicazione del diritto comunitario in luogo di quello interno.

¹⁷³ SORRENTINO F., *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale cit.*

¹⁷⁴ CARTABIA M. - GENNUSA M., *Le fonti europee e il diritto italiano cit.*, pag. 87.

Vi è poi un'altra interpretazione dovuta al ruolo di "giurisdizione nazionale" che la Corte costituzionale accettò di attribuirsi al fine di far uso del rinvio¹⁷⁵. Nel momento in cui la Corte accerta la giurisdizione nazionale nei giudizi in via d'azione inevitabilmente imputa a sé una qualifica valevole anche per gli altri giudizi costituzionali (anche quello in via incidentale) che spetta alla Corte, cioè intesa nella sua posizione istituzionale nel suo complesso¹⁷⁶.

Attualmente la Corte costituzionale pare abbia un obiettivo preciso che mira al rafforzamento del confronto con la Corte di Giustizia, cosa a cui ambiscono anche le altre Corti costituzionali. Prima di ogni altra cosa la Corte costituzionale investita della questione di legittimità costituzionale di talune disposizioni legislative considerate in contrasto con una clausola di una direttiva (non avente "effetto diretto"), ha messo in evidenza la necessità di rivolgersi alla Corte di Giustizia rispetto alla corretta interpretazione del parametro sovranazionale¹⁷⁷. Successivamente, una volta acclarato questo bisogno di interpellare i giudici di Lussemburgo invece di restituire gli atti al giudice a quo, secondo quanto si evince dalla prassi interpretativa che considerava il giudice rimettente come l'interlocutore naturale del giudice sovranazionale, la Corte ha stabilito di sospendere il giudizio e, dopo avere dichiarato la propria natura di "giurisdizione nazionale" ai sensi del terzo comma dell'art. 267 TFUE anche nei giudizi in via incidentale, ha enunciato essa stessa i problemi interpretativi oggetto del rinvio pregiudiziale. Com'è evidente, dunque, pare che non si tratti

¹⁷⁵ GROPPI T., *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in Ciarlo P., Pitruzzella G., Tarchi G. (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997. Altri avevano manifestato lo stesso auspicio anche in relazione ai giudizi in via incidentale, come si legge in SORRENTINO F., *È veramente inammissibile il doppio rinvio*, in *Giur.cost.*, 2002. CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di "doppia pregiudizialità" comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997.

¹⁷⁶ BARTOLE S., *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008.

¹⁷⁷ GUASTAFERRO B., *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale cit.*

più e solo di un dialogo “per interposto Corte di Giustizia”, ma di un vero e proprio “confronto diretto”, tanto voluto e sperato dalla dottrina¹⁷⁸.

In conclusione, l’uso dello strumento del rinvio pregiudiziale in un giudizio incidentale merita la massima attenzione, perchè è sintomo di un importante cambiamento all’interno del percorso di avvicinamento tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia e in realtà anche delle altre Corti¹⁷⁹.

¹⁷⁸ CARTABIA M., *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2006.

Sull’espressione “dialogo tra le Corti” si rinvia alle osservazioni di DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, il Mulino, Bologna, 2010 (per quanto riguarda i rapporti tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia).

¹⁷⁹ CARTABIA M., *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in Pizzorusso A., Romboli R., Ruggeri A., Saitta A., Silvestri G., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Giuffrè, Milano, 2003. CARTABIA M. - CELOTTO A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur.cost.*, 2002. GROPPI T., *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE cit.*.

- Capitolo IV -

VERSO SOLUZIONI RAGIONATE DI UNIFORMITÀ NORMATIVA LA RICERCA DI UN METODO

Par. 1. - *La crisi del principio di stretta legalità e di riserva di legge in materia penale.*

Il principio di legalità è uno dei principi fondamentali del nostro diritto positivo che esprime la posizione di supremazia della legge cui tutti i cittadini sono soggetti in uno Stato di diritto.

In particolare, il principio di stretta legalità regola in maniera stringente le fonti legislative della materia penale, con una espressa previsione nella Carta costituzionale all'articolo 25 e, a livello di fonti primarie, e nel codice penale agli articoli 1 e 199, secondo cui nessuno può essere punito se un fatto non è espressamente previsto come reato dalla legge.

Invero, il principio di legalità è un principio importante e centrale di tutti gli ordinamenti democratici e degli stati di diritto in genere. Siccome per tale principio è reato solo il fatto previsto come tale dalla legge è possibile affermare che questo contiene in sé una concezione formale del reato. Inoltre, è un principio di garanzia per i cittadini, infatti tutti sono messi a conoscenza dei fatti-reato che sono vietati e di quelli che invece sono consentiti. L'art 25 Cost. afferma che: "*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*"; mentre il secondo comma: "*Nessuno può essere sottoposto a una misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*".

A livello di leggi ordinarie, come prima si diceva, l'articolo 1 c.p. afferma che "*Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite*". Per l'articolo 199 c.p.: "*Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti*".

Il principio di legalità in materia penale a sua volta è costituito da un nucleo di corollari: il principio della riserva di legge; il principio della tassatività o determinatezza della fattispecie penale; il principio di irretroattività delle norme incriminatrici e il divieto dell'analogia in *malam partem*.

Sul terreno delle fonti del diritto si pone il principio della riserva di legge, per cui un fatto può essere ritenuto legittimamente punibile soltanto quando questo è previsto da una legge ordinaria o primaria. Soltanto la legge di produzione parlamentare, infatti, garantisce la legittima espressione della volontà popolare rappresentata in una democrazia costituzionale dal Parlamento. Si è affermato nel tempo che il principio della riserva di legge è utile a garantire anche l'esigenza della certezza del diritto. Quindi, oltre che per esigenze di certezza del diritto, la riserva di legge risponde anche ad esigenze di garanzia formali e sostanziali per i cittadini. Il principio di legalità scongiura eventuali abusi da parte del potere esecutivo, poiché il procedimento di formazione della legge e di garanzia del percorso parlamentare è in grado di garantire e assicurare sufficienti garanzie ai cittadini. Ad esempio, verifica che le minoranze parlamentari riescano ad avere un controllo preciso sull'indirizzo della politica criminale, evitando il mero arbitrio di una maggioranza e una eccessiva discrezionalità da parte dell'esecutivo.

Questa è la ragione per cui l'unica fonte del diritto penale è la legge primaria, perchè la medesima garanzia non potrebbe essere assicurata tramite l'uso di altri fonti subordinate, come i regolamenti, la consuetudine, ed altro, che esporrebbero i cittadini all'arbitrio del potere esecutivo o del potere giudiziario.

L'art. 25 della Costituzione, commi secondo e terzo, fa in modo che il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* assuma rango fondamentale all'interno del nostro ordinamento: "*Nessuno può essere punito, se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*".

Per lungo tempo la dottrina penalistica ha cercato di comprendere la configurazione di questo principio, al fine di verificare se nel nostro ordinamento abbia luogo il principio di legalità in senso formale ovvero in senso sostanziale. In tempi meno recenti, era prevalente la teoria formale, considerata come necessità che *“ogni fattispecie penale sia preceduta e contemplata da una legge espressa, indipendentemente dalla carica di antisocialità della stessa”* ed era maggioritaria perchè intesa come l’unica davvero garantista¹⁸⁰.

Attualmente si ritiene che tale considerazione del principio di legalità sia in parte superata dalla c.d. concezione sostanziale- formale costituzionalmente orientata che trova sostegno in quella parte della dottrina che mette in luce il bisogno di recuperare i valori costituzionali sia sul piano delle fonti e della formulazione della norma penale sia sul piano dei beni e interessi tutelati¹⁸¹. Attualmente la giurisprudenza afferma che il principio di legalità deve essere considerato in senso misto, secondo quindi una valutazione che trovi anche opportuni raccordi con tutti gli altri principi del nostro ordinamento e soprattutto al principio di offensività.

In questa prospettiva la punibilità del soggetto agente nasce dal fatto che la previsione incriminatrice enunci una condotta lesiva in astratto del bene giuridico protetto e poi che la condotta sia concretamente dannosa o pericolosa per lo stesso. Pertanto, tenendo nel debito conto questi due principi è necessaria la presenza di una norma che sia entrata in vigore precedentemente al fatto commesso e che stabilisca una sanzione riferita a una condotta concretamente offensiva, secondo la concezione del principio di legalità c.d. mista.

¹⁸⁰ FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2001, pag. 49.

¹⁸¹ Per una concezione del reato costituzionalmente orientata, BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pag. 7 e seg. FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale cit.*, pag. 147. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2007, pag. 21. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Utet, Torino, 2007, pag. 109. Per una proposta di ricostruzione teleologica del sistema penale orientata ai principi costituzionali, in particolare al finalismo rieducativo, MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, Napoli, 1992, pag. 121.

Inteso in questo modo il principio di legalità mette in evidenza come il significato di una norma vada ricercato sia in base alla previsione legislativa, ma anche tenendo conto del significato dato dalla stessa dalla giurisprudenza nella fase di concreta applicazione del precetto.

Per quanto riguarda invece i corollari che fanno da principi di completamento della legalità penale, il primo presidio di garanzia è costituito dalla riserva di legge¹⁸². Quando si parla di riserva di legge ci si vuole riferire all'unica fonte del diritto ammissibile in diritto penale, vale a dire la sola legge formale, l'atto normativo emanato dal Parlamento con le procedure previste dagli art. 70 e seg. Cost., cioè sia alla legge formale sia agli atti aventi forza di legge, il decreto legislativo e il decreto legge. Si suole parlare, nel primo caso, di riserva di legge in senso stretto o formale; nel secondo invece di riserva di legge in senso lato o, nel suo aspetto negativo, l'eliminazione delle fonti gerarchicamente subordinate alla legge e la necessità per il legislatore di disciplinare totalmente la materia, riducendo la discrezionalità delle autorità amministrative o giurisdizionali subordinate che si occupano dell'applicazione¹⁸³. In tal modo il principio di riserva di legge assume un fondamento politico oltre che giuridico, in sintonia con il ruolo cardine che caratterizza l'istituzione parlamentare, considerata come espressione della volontà popolare¹⁸⁴.

¹⁸² Nella manualistica, tra gli altri, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale cit.*, pag. 47. MANTOVANI F., *Diritto penale cit.*, pag. 39. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale cit.*, pag. 54.

¹⁸³ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, pag. 7. SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, in Amato G. - Barbera A., (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997, pag. 152. SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. del dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, pag. 1218. SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2015. ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1984, pag. 54.

¹⁸⁴ A favore di questa tesi, oggi minoritaria, si esprimono BRICOLA F., *Teoria generale del reato cit.*, pag. 39. BRICOLA F., Art. 25, 2° e 3° comma, in *Commentario alla Costituzione - Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1977, pag. 238. GAMBERINI A., *Riserva di legge*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di Insolera G. - Mazzacava N. - Pavarini M. - Zanotti M., Giappichelli, Torino, 1997, pag. 17. MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 37. Sostanzialmente a favore della riserva formale, sia pure con toni dubitativi FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale cit.*, pag. 48. Nella dottrina costituzionalistica CARLASSARE L., voce *Riserva di legge cit.*, pag. 3. CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1993, pag. 61.

Si può osservare come, conferire alla competenza esclusiva del legislatore ordinario la produzione delle norme penali, sia una vera e propria necessità in modo da garantire sì l'esigenza di certezza del diritto, ma anche di predisporre garanzie alla libertà dell'individuo. Il procedimento legislativo, è lo strumento più adatto a tutelare la libertà personale, perchè consente di salvaguardare i diritti delle minoranze e delle forze d'opposizione che all'interno dell'Assemblea sono messe nelle condizioni di attuare un sindacato effettivo sulle scelte penali proposte dalla maggioranza. Inoltre, la riserva di legge non consente forme di arbitrio del potere sia esecutivo sia giudiziario¹⁸⁵. È in questa prospettiva che la dottrina costituzionalistica mette in luce che il principio della riserva di legge riguarda sì la relazione tra atti, ma anche i rapporti tra il potere legislativo da una parte e i poteri esecutivo e giudiziario dall'altra.

Peraltro, parte della dottrina afferma la *natura materiale* della riserva di legge, cercando quindi di ridimensionarne l'accezione politica. Nel corso degli anni, sembra che tale tesi sia confermata da una prassi parlamentare e governativa che ha visto il proliferare incontrollato di decreti come fonti di norme anche penali¹⁸⁶.

Non a caso, la prassi segnala che la produzione normativa in materia penale sia sottoposta costantemente a forme di "eterointegrazione" attuate mediante il ricorso a fonti non legislative. Questo si verifica anche per la

¹⁸⁵ CARLASSARE L., voce *Riserva di legge cit.*, pag. 2; CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale cit.*, pag. 61.

¹⁸⁶ La dottrina costituzionalistica sottolinea che la concentrazione monopolistica della produzione penale nelle mani delle assemblee parlamentari, lungi dal rappresentare un mero criterio formale di ripartizione delle competenze normative, aveva originariamente un profondo significato contenutistico. La fonte legislativa, proprio perchè alimentata da organi costituzionali, espressione del principio democratico e socio-politicamente prestigiosi, garantiva alla legge i migliori contenuti possibili. La condizione indispensabile, affinché la riserva possa realmente svolgere la sua funzione contenutisticamente garantista è che l'organo parlamentare sia all'altezza del suo compito. Un clima di diffuso consociativismo, che rende labile il confine tra maggioranza e opposizione e il monopolio esistente nei mezzi di comunicazione, sembrano mettere seriamente in dubbio, la realizzazione concreta di tale profilo. In questo senso PALAZZO F., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium juris*, 1996. Recentemente sullo svuotamento della democrazia penale INSOLERA G., *Nuovo revisionismo penale. Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna, 2005. PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, Relazione svolta all'Incontro di studio su "Riserva di legge e democrazia penale: ruolo della scienza penale", Bologna, 5 e 6 febbraio 2004, in *Cass. pen.*, 2005, I, pag. 277.

complessità della redazione della norma che deriva dalla molteplicità dei fenomeni che si ha intenzione di criminalizzare. Volgendo lo sguardo all'intero sistema e alle sue tendenze è possibile indicare un primo modello d'integrazione in cui la legge attribuisce alla fonte secondaria la identificazione delle condotte che devono essere sanzionate.

Questa ipotesi che viene descritta dalla dottrina come "norma penale in bianco", la quale non possiede un precetto che descriva con esaustività il fatto, ma una prescrizione sanzionata per la violazione della regola che sarà puntualmente descritta da una fonte sublegislativa. Questo è il caso tradizionale previsto dall'art. 650 c.p. che stabilisce che: *"Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragioni di giustizia o sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito..."*. Si tratta di un tipico esempio in cui la disposizione incriminatrice è generica ed indeterminata e quindi ha la necessità di essere "riempita" dal provvedimento effettivo dell'autorità amministrativa e dunque, prima di tale momento, non è noto il contenuto della regola di condotta da rispettare. Invero, una parte della dottrina¹⁸⁷, ha sostenuto l'incostituzionalità di norme di questo tipo, proprio perchè alterano la motivazione politica della riserva, cioè l'attribuzione della competenza penale al Parlamento che è espressione del popolo.

In questa prospettiva la tecnica delle norme penali in bianco si contrappone al principio della riserva di legge solo quando il precetto penale generico rinvii a fonti secondarie generali e astratte che integrino la disposizione incriminatrice. In tal caso, sarebbe legittimo il rinvio a singoli e specifici provvedimenti, poichè il provvedimento sarebbe un mero presupposto del fatto.

Va ulteriormente precisato che a ben vedere si pongono all'attenzione dell'interprete ben due diverse ipotesi di norma penale in bianco: quella dove si registra *in toto* l'assenza del precetto; e quella dove il precetto, seppure non

¹⁸⁷ BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° comma, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La quest. crim.*, 1980, pag. 179.

puntualmente descritto, va integrato da una fonte diversa. Da qui la differenza tra riserva di legge assoluta e relativa.

Il dilemma ha generato una questione di legittimità costituzionale, a seguito della quale la Consulta ha stabilito che le norme penali in bianco non sono lesive del principio di legalità a condizione che la legge dello Stato indichi fondamenti e limiti dei provvedimenti dell'Autorità, facendo salva in questo modo la disposizione in oggetto¹⁸⁸.

Un caso oggetti di perplessità era apparso quello per cui una fonte normativa secondaria specifica il precetto soltanto da un punto di vista tecnico, essendo già contenuti tutti gli elementi di fatto previsti dalla norma incriminatrice. È in tale categoria che rientra il Testo unico delle leggi in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, emanato con il DPR n. 309 del 9 Ottobre 1990. In questo caso di eterointegrazione non vi è alcuna contrapposizione alla riserva di legge, poichè il concetto di stupefacente è preliminarmente stabilito dalla legge e le tabelle ministeriali hanno soltanto il compito di integrare i meri parametri tecnici.

In conclusione, un sistema d'integrazione considerato illegittimo vi è quando la legge conferisce alla fonte secondaria il compito di indicare i comportamenti punibili tra quelli regolati dalla stessa. In tale situazione, il legislatore rinunciarebbe al ruolo normativo in materia penale per attribuirlo completamente all'esecutivo violando così il principio della riserva di legge.

Par. 2. - Il dialogo tra Corti in materia penale e sui settori normativi in cui si concentra la tutela dei diritti fondamentali.

La indispensabile premessa sui rigorosi limiti tracciati dalla Costituzione e dal codice penale sui principi generali della materia penale sono diventati negli ultimi anni lo sfondo operativo nel quale si è confrontato il diritto sovranazionale

¹⁸⁸ CORTE COST., Sent. n. 168 del 18 luglio 1971 *cit.*.

e quello interno. In particolare, si registra un mutamento radicale del principio di legalità, ove accanto alla legge parlamentare si fa luogo sempre più spesso al diritto delle Corti sovranazionali che propongono solo apparenti stridenti contrasti tra le fonti.

La materia penale rappresenta certamente il terreno privilegiato per valutare i nuovi fenomeni di produzione del diritto e al tempo stesso favorire la creazione di strumenti di dialogo che superino le sovranità territoriali e concettuali. Il confronto destinato a crescere non è quello tra fonti legislative ma tra la legge e la giurisprudenza normativa con la capacità di innovare le fonti legislative.

In questo modo, nel corso degli ultimi quindici anni si è assistito ad un lento e graduale mutamento del “volto” del diritto penale, proprio a causa del cambiamento dei presidi di produzione normativa che ne rappresentavano una sorta di monopolio¹⁸⁹. Tale diritto, infatti, pur essendo da sempre considerato come riluttante e impermeabile agli influssi che provengono dal diritto sovranazionale, si è aperto al confronto con l’Unione europea¹⁹⁰ e la Convenzione europea dei diritti umani¹⁹¹.

Due sono le cause scatenanti di tale fenomeno: una crisi della democrazia nei Paesi dell’Europa occidentale; e poi il fatto che la magistratura recentemente abbia assunto anche un ruolo politico che spesso nella sede giurisprudenziale si è dimostrata non sempre in sintonia con quello del legislatore.

¹⁸⁹ DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004. DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011.

¹⁹⁰ GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989. SAMMARCO G., *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2002. BERNARDI A., *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004. SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2005. SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007. SALCUNI D., *L’europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011.

¹⁹¹ NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006. VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007, pag. 42. ESPOSITO A., *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008.

Una delle conseguenze di tale apertura del diritto penale rispetto a quello sovranazionale è che alcune fattispecie di reato appaiono depotenziate o potenziate a seguito di interpretazioni conformi al diritto europeo o a quello convenzionale¹⁹². Si può constatare quindi che vi è una politica criminale europea che trova spazio nelle Istituzioni europee, ma vi è anche una politica criminale giudiziaria europea, propria della Corte di Giustizia Unione Europea (GUE) e della Corte europea dei diritti umani (CEDU) che non sempre coincide nei propositi con una politica criminale giudiziaria nazionale. Si è già detto che il nostro ordinamento giuridico si è “aperto” all’Europa attraverso il dettato degli articoli 10 e 11 della Costituzione nonché con la modifica costituzionale apportata nel 2001 con la riforma dell’art. 117, co. 1, della Cost¹⁹³.

In tal modo è stato definitivamente chiarito come la legalità penale debba essere conforme alla Costituzione, al diritto europeo e a quello convenzionale. È importante però sottolineare come tale conformità non comporti una perdita di identità del diritto penale, ma invece è importante che il rispetto delle fonti sovranazionali si realizzi riconoscendo i caratteri propri del diritto penale nazionale. A tal fine si suole dire che l’Unione europea, la CEDU e diritto penale debbano essere “uniti nella diversità”.

Uno degli obiettivi dell’apertura del nostro ordinamento al diritto sovranazionale è quello di tentare di unificare diritti nazionali e diritti sovranazionali, cercando di armonizzarli rendendoli coerenti e, quindi, nel rispetto della legalità appare giusto chiedersi quali siano i soggetti destinatari di questa opera di adattamento. Dopo un’attenta riflessione, parrebbe il legislatore il soggetto più indicato, anche nel rispetto della riserva assoluta di legge, perché questo metterebbe in chiaro ancora meglio il fatto che le scelte politico criminali

¹⁹² MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Dike, Roma, 2012, pag. 68. SOTIS C., *Le regole dell’incoerenza*, Roma, 2012, pag. 48. SOTIS C., *Il diritto senza codice cit.*, pag. 303. VIGANÒ F., *Sulla nuova legittima difesa*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2006, pag. 190. VIGANÒ F., *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Dir.pen.cont.-Riv.Trim.*, 2014, pag. 167.

¹⁹³ SALCUNI D., *L’europeizzazione del diritto penale cit.*, pag. 373.

sono ancora e restano di sua competenza. Difatti, il compito del legislatore nazionale è anche quello di confrontarsi, dialogare e recepire le direttive derivanti dall'Unione europea.

Non mancano aspetti problematici a questo proposito, poichè la normativa europea in materia penale non è caratterizzata da una totale tassatività (come in Italia), anzi l'obiettivo è proprio quello di non limitare la discrezionalità del legislatore interno. D'altro canto, la scarsa tassatività delle direttive di armonizzazione, alla luce dei principi del nostro sistema penale, seppure consente al legislatore nazionale una certa possibilità di manovra, si trova di fronte alla vaghezza dei testi normativi. Dunque, anche se le disposizioni non sono incomplete -e quindi soggette a censura di incostituzionalità-, sono soggette a favorire molteplici interpretazioni probabilmente tutte legittime, ma diverse tra loro¹⁹⁴.

Sarà compito del giudice quello di realizzare un'interpretazione conforme o chiedere la corretta interpretazione al giudice sovranazionale, cui è riconosciuto il ruolo di interpretare il diritto sovranazionale¹⁹⁵.

Siamo giunti in questo modo al nucleo concettuale del presente lavoro di tesi, perché un tale meccanismo operativo evidenzia la necessità di un **dialogo fra le Corti nazionali ed europee** per fare in modo che le norme caratterizzate da una potenziale difficoltà interpretativa non sia occasione di contrasto o di scontro, ma il modo per favorire un modello di dialogo. Si tratta di un compito particolarmente complesso e il grado di complessità in realtà dipende dalla diversa "forza" degli interlocutori, visto che si intrecciano istanze di tipo giuridico e politico¹⁹⁶.

¹⁹⁴ DE FRANCESCO G., *Diritto penale mite? Una formula 'bella e infedele'*, in *Dir.pen. e proc.*, 2014, pag. 985.

¹⁹⁵ Sul tema, v. *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, a cura di BERNARDI, Napoli, 2015.

¹⁹⁶ DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pag. 2199. VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 32. VALENTINI V., *Case-law*

Occorre prendere atto che il sistema europeo e convenzionale è un misto tra *civil law* e *common law*, per cui le pronunce della Corte GUE e della Corte EDU sono vere e proprie fonti del diritto¹⁹⁷, diversamente dal sistema nazionale che non si fonda sul vincolo del precedente almeno per quanto attiene la materia penale¹⁹⁸.

Dopo aver fatto cenno al dialogo è necessario comprendere quello che avviene tra la Corte interna e la Corte EDU e la Corte GUE per poi distinguerlo sulla base delle premesse costitutive. Il dialogo tra le Corti è certamente influenzato dal diritto convenzionale e da quello euro unitario, i quali dimostrano una differente forza cogente nei confronti dell'ordinamento nazionale.

Per ricostruire la trama e i limiti di tale dialogo fra Corte costituzionale e Corte GUE bisogna premettere che questo sistema di interlocuzione ha attraversato fasi alterne. Vi è da segnalare una prima fase nella quale la Corte costituzionale, nel caso di una violazione del diritto europeo da parte della normativa nazionale, stabiliva che l'adattamento al diritto comunitario dovesse realizzarsi attraverso una pronuncia della Consulta con la conseguenza di generare un certo grado di diffidenza. Del resto è naturale cogliere come la Corte

convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2014, pag. 285, con specifico o prevalente riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo.

¹⁹⁷ PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014, pag. 20. Altresì, FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008. DONINI M., *Scienza penale e potere politico*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2015, pag. 95. DONINI M., *Il problema del metodo penalistico: da Arturo Rocco all'europeismo giudiziario*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 51. DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Aa.Vv., *La fabbrica delle interpretazioni*, B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò (a cura di), Giuffrè, Milano, 2012, pag. 63. Da ultimo su tali temi MANNA A., *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, pag. 402.

¹⁹⁸ Sulle differenze che comunque stanno riducendosi fra *common law* e *civil law*, si veda MATTEI U. - PES L., *Civil law e Common Law: verso una convergenza?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 184. VIOLA F., *Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 119.

costituzionale non intende cedere il proprio ruolo di controllore della legittimità delle leggi, pur ammettendo il valore giuridico decisivo del diritto comunitario.

Tuttavia, per comprendere fino in fondo i termini del problema, è proprio la casistica che sta maturando su questo terreno dialogico a stabilire lo stato dei rapporti fra diritto euro unitario e diritto nazionale. Un dialogo che si avvia su vari settori dell'ordinamento giuridico, per poi raggiungere i punti più significativi di questa inedita metodologia di produzione e stabilizzazione del diritto su questioni cruciali del diritto penale. E' proprio l'ordinamento delle leggi penali, infatti, che apre la strada a un fruttuoso dialogo tra le Corti, spegnendo lo scontro sugli aspetti più controversi delle situazioni divergenti.

Il primo momento di confronto è offerto dalla nota sentenza *Granital contro Italia* della Corte GUE del 1976, la Corte costituzionale¹⁹⁹ finalmente ammette che, dopo le cessioni di sovranità all'Unione come stabilite dall'art. 11 Cost., il diritto euro unitario è immediatamente esecutivo e si impone l'interpretazione conforme. Da ciò deriva che il giudice interno proceda alla diretta disapplicazione della normativa nazionale che si ponga in contrasto con la norma del diritto europeo²⁰⁰.

Si afferma in questo modo che per l'ambito europeo il controllo di costituzionalità, così come fisiologicamente accade nei Paesi di *common law*, da **accentrato** diventa **diffuso**, con la stabilizzazione di differenti presidi di controllo.

¹⁹⁹ CORTE COST. Sent. n. 170 del 5 giugno 1984, in www.cortecostituzionale.it. PATERNITI F., *La Corte di Giustizia apre "al sindacato diffuso di legittimità comunitaria"?*, in www.forumcostituzionale.it. RIONDATO S., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia (influenza, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art.177 TCE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1997, pag. 1135. VIGANÒ F., *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di anti giuridicità del fatto tipico*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2009, pag. 1062.

²⁰⁰ In caso era generato in materia doganale, laddove, come afferma la CORTE COST. Sent. n. 170 del 5 giugno 1984 cit., pag. 1: "All'atto della liquidazione dei diritti doganali dovuti è stato applicato -nella misura inferiore, sopravvenuta dopo la data di accettazione della dichiarazione- diritto di prelievo, ai sensi delle disposizioni preliminari alla tariffa doganale, approvata con d.P.R. n. 723/65. Successivamente, con sentenza 15 giugno 1976, la Corte di giustizia della Comunità interpretava l'art. 15 del regolamento CEE n. 120/1967, statuendo che il giorno dell'importazione, con riferimento al quale il prelievo va calcolato, è quello in cui la dichiarazione di importazione risulta accettata dalla dogana".

Per quanto concerne il modello di “dialogo” tra la nostra Corte interna e la Corte EDU, seppure la CEDU non è equiparata al diritto euro unitario, l’art. 6 del TUE pur riconoscendo i diritti fondamentali così come stabiliti dalla CEDU non ne costituisce un riconoscimento formale ma di carattere sostanziale e materiale. Tale circostanza trova conferma nel fatto che il primo comma dell’art. 6 TUE certifica il valore della CEDU, ma solo il secondo comma sancisce indirettamente che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ha il valore giuridico dei Trattati. In questo modo la CEDU indica il *minimum* standard esigibile di garanzie a livello europeo, pur non costituendo in maniera formale diritto europeo.

Inoltre, non è di scarso rilievo precisare che la CEDU, come già si è detto, gode di un carattere *sub costituzionale*, visto che le violazioni delle sue norme da parte della normativa nazionale comporteranno sempre l’innescio di questioni di legittimità costituzionale e non porteranno mai, invece, a casi di disapplicazione.

Il diverso regime funzionale ha come conseguenza che, nei casi di violazioni della CEDU non potendosi procedere alla disapplicazione delle norme in contrasto, comporta il ricorso allo strumento dei “controlimiti”.

In conclusione, l’ordinamento può derogare al diritto sovranazionale quando questo venga a ledere i principi fondamentali dell’ordinamento interno.

Par. 3. - Difesa della sovranità nazionale e “controlimiti”.

L’adesione all’Unione Europea e al suo ordinamento giuridico e soprattutto l’adesione ai Trattati e alla CEDU ha generato uno scenario inedito per il nostro ordinamento giuridico sovranazionale. Si è posta la necessità di individuare criteri di rivoluzione dei conflitti e delle crisi fra sistemi giuridici concorrenti, anche per evitare il collasso della piattaforma normativa che crea relazione tra stati nazionali.

Il mancato processo di integrazione che poteva essere indirizzato fin dall’inizio dell’esperienza comunitaria attraverso norme di principio con compiti

di indirizzo e omogeneizzazione delle discipline legislative ha comportato come conseguenza il progressivo adeguamento dell'ordine normativo. Questo lento processo di compatibilità, in presenza di spinte di natura politico e giurisdizionale che governa il cambiamento, ha inevitabilmente generato momenti di attrito e di criticità in talune scelte normative o giudiziarie. Del resto, era prevedibile che la cessione di porzione di sovranità nazionale avrebbe comportato un dialogo chiamato a superare le "riserve di legalità".

Anche se con uno sguardo al futuro la riserva della potestà nazionale del governo delle leggi e delle decisioni dei giudici interni, in particolare della Corte costituzionale, già da mezzo secolo, quando ancora il sistema sovranazionale era soltanto un possibile orizzonte, si elevavano strumenti a difesa della legalità nazionale. Lo strumento che prenderà vigore nei decenni successivi, quando si completa il quadro dei principi fondamentali per dare ingresso alle fonti europee del diritto, e che oggi rappresenta la punta più avanzata dei rimedi difensivi è la teoria dei controlimiti al diritto UE²⁰¹.

Come già si è sopra illustrato, l'attuale assetto della varietà delle fonti che si registra, tra fonti legislative e fonti giurisdizionali, ha dato anche maggior peso alla necessità di difendere l'ordinamento interno, soprattutto in materia penale ove il livello delle garanzie registra la sua portata massima²⁰². L'assunto di fondo è costituito dal fatto che i principi supremi e i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato italiano sono intangibili e, per questa ragione, sono sottratti a qualsiasi interferenza o alterazione che dovesse venire

²⁰¹ POLIMENI S., *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Esi, Napoli, 2018. Interessante per i contenuti è la recensione al precedente lavoro di RUGGERI A., *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, pag. 549. RUGGERI A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in Staiano S., (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006. CALVANO R., *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in www.federalismi.it, 29 febbraio 2016.

²⁰² BERNARDI A., *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.

da decisioni esterne al nostro sistema ordinamentale costituzionale²⁰³. Fonti esterne non solo euro unitarie ma anche del sistema concordatario, quelle consuetudinarie e quelle internazionali. Seppure espresso in termini diversi è l'affermazione della supremazia della Carta costituzionale italiana rispetto a fonti, seppure di livello "alto" e seppure riconosciute dal nostro sistema, di provenienza diversa²⁰⁴.

Queste premesse assiomatiche prendono avvio da una decisione della Corte costituzionale che apre il cammino alla nuova prospettiva europea, nel cui ambito iniziano a confrontarsi norme costituzionali e norme sovranazionali, dove però i diritti inviolabili dell'uomo rendono il sistema costituzionale invalicabile da quello continentale, all'epoca il diritto delle Comunità europee²⁰⁵.

La Corte prosegue in questo itinerario affinando sempre di più il concetto di controlimite e con la sentenza n. 183/1973 enuncia in maniera chiara in quale misura si confrontano gli ordinamenti: *".....in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma -sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini-, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana"*²⁰⁶.

Appare opportuno precisare che la nostra Costituzione non è la sola a prevedere e tutelare i diritti fondamentali, anzi a livello del sistema

²⁰³ CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna, 2007, pag. 30. FARAGUNA P., *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015.

²⁰⁴ MONACO R., *La legittimità costituzionale dei regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1974, I, 315.

²⁰⁵ CORTE COST., Sent. n. 98 del 27 dicembre 1965, in www.cortecostituzionale.it. Tema che viene ampiamente affrontato da BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2416, il quale parlava di "controlimitazioni".

²⁰⁶ CORTE COST., Sent. n. 183 del 4 aprile 1973, in www.cortecostituzionale.it. PANICO G., *La legittimità costituzionale della normativa comunitaria di effetto diretto: luci ed ombre della sentenza della C. Cost. n. 183 del 1973*, in *Riv.dir.eur.*, 1974, pag. 201.

sovranazionale europeo nel tempo sono state introdotte Convenzioni o valorizzati i principi di tutela dei diritti dell'uomo che si equivalgono a quelli nazionali²⁰⁷.

Par. 4. - Prove di "dialogo". La sentenza Torreggiani.

Un tema molto sensibile e dibattuto in tempi recenti è quello del sovraffollamento delle carceri che va annoverato come uno dei problemi più gravi della Repubblica Italiana in materia di rispetto dei diritti dell'uomo.

Il fenomeno ha origini molto antiche e viene sempre più spesso considerato comunemente come una condizione ormai fisiologica degli istituti detentivi del nostro Paese, senza considerare che esso invece è indice di una distorsione del funzionamento dell'intero sistema penale, al punto che si suole parlare di "fisiologica patologia". Molto probabilmente alla radice del collasso quantitativo delle residenze penitenziarie vi è il mancato ricorso alle leggi di amnistia ed indulto che fino al 1989 con una cedenza quasi decennale, alleggeriva il carico processuale e la popolazione carceraria con l'estinzione del reato o della pena.

Ne è prova il fatto che durante lo svolgimento dei lavori parlamentari aventi ad oggetto la conversione in legge del d.l. n. 211 del 2011 *"Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri"* veniva constatato come: *"La questione relativa al sovraffollamento carcerario non può essere inquadrata come emergenza straordinaria, bensì come problematica strutturale che*

²⁰⁷ CANNIZZARO E., *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir.Un.Eur.*, 2012, pag. 23. E ancora CANNIZZARO E., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna, 2007. Sul tema del terrorismo si sono confrontate istanze di tipo diverso, anche provenienti da indicazioni internazionali, tenendo nel debito conto il fatto che andavano a relazionarsi diritti fondamentali, quali la libertà e la sicurezza, come riportato ampiamente in IAPICHINO L., *La teoria dei controlimiti nel bilanciamento tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti*, in *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, a cura di P. Gargiulo e M.C. Vitucci, Ed. Scient., Napoli, 2009, pag. 153. Il tema progrediva nella sua rilevanza a partire da TESAURO G., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv.intern.dir.uomo*, 1992, pag. 434. SORRENTINO F., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 1996, pag. 26. GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv.int.dir.uomo*, 1991, pag. 624.

*investe l'Italia ormai da più di quaranta anni". Basti pensare che: "Nell'arco di circa sessant'anni sono stati emanati ben trenta provvedimenti d'indulto senza mai addivenire ad una riforma strutturale capace di risolvere il problema"*²⁰⁸.

Si trattava di un timido e limitato tentativo per far cessare il sovraffollamento che definito in questo modo, come un superlativo assoluto di un superlativo, fornisce la cifra della estrema difficoltà in cui si dibatteva il legislatore. Ed infatti, la legislazione cui si è fatto ricorso fino ad oggi ancora non si è rivelata risolutiva di un problema che non è soltanto strutturale o processuale ma soprattutto investe istanze di etica pubblica dello Stato.

Il legislatore solo con ritardo si è accorto di aver adottato provvedimenti legislativi capaci di risolvere la questione solo nel breve periodo senza eliminare il problema alla radice.

A livello delle Istituzioni europee sono partiti messaggi dai toni alti all'indirizzo dell'Italia, raccolti anche dalla *Commissione Straordinaria per la Tutela e la Promozione dei Diritti Umani* del Senato che è giunta alla redazione di un documento dal titolo *"Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento"*. In questo studio è stato constatato come il sovraffollamento sia una condizione di evidente illegalità in senso tecnico: *"Ogni violazione dei diritti umani non è solo un fatto eticamente riprovevole ma una vera e propria violazione della legalità"*.

Viene inoltre dichiarato che il perdurare di illegalità sia anche la conseguenza di un'errata convinzione che identifica la carcerazione preventiva, come custodia cautelare personale, e la pena: *"Solo in una nuova impostazione che la separi nettamente dal carcere e riduca drasticamente il ricorso alla carcerazione, limitandolo ai soli casi nei quali esso appare effettivamente indispensabile, si può restituire alla pena la funzione che la Costituzione italiana le assegna. È ad una*

²⁰⁸ Sulla questione si rinvia più ampiamente a GARGANI A., *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir.pen.proc.*, 2012, pag. 5.

prospettiva di “carcere minimo” che bisogna gradualmente tendere con una pluralità di iniziative e di strumenti”.

A ben vedere, infatti, la concezione della carcerazione come *extrema ratio* si raccorda in modo diretto ad una concezione della norma penale come *extrema ratio*: *“L’individuazione dei limiti (di tenuta) di un sistema penale è connessa quindi, in primo luogo, alla necessità che esso sia prevalentemente costituito da regole di condotta che sarebbero osservate dalla generalità dei consociati anche se non esistessero le norme penali corrispondenti e, in secondo luogo, all’esigenza di ridurre al minimo indispensabile il costo sociale finalizzato al controllo repressivo. La scelta penalizzante deve essere l’ultima tra le alternative possibili, deve cioè imporsi come necessità (extrema ratio)”*²⁰⁹.

Non sembra che la prassi confermi l’istanza teorica, perché le statistiche nazionali curate dal Ministero della Giustizia forniscono cifre che fanno presumere una vasta ed indiscriminata penalizzazione che finisce per minare la stabilità del sistema. Basti pensare che al 31 dicembre 2012 la popolazione carceraria italiana era di 65.701 a fronte di una capienza complessiva di 47.040 posti, con 18.661 reclusi oltre il numero del tollerabile.

Il tema, appare del tutto naturale, non è soltanto di sistema, ma di una situazione che ha come effetto il mancato rispetto dei diritti minimi da garantire al singolo detenuto e, complessivamente, del rispetto dei suoi diritti fondamentali. Il tema del sovraffollamento diventa, dunque, uno dei principali casi in cui le giurisdizioni, nazionale ed europee, iniziano ad infittire il proprio dialogo che all’inizio non sembra per nulla sereno.

Il primo degli interventi della Corte EDU viene sollecitato per valutare quanto spazio debba essere garantito a ciascun detenuto nella prospettiva di tutela che impone la CEDU, il cui mancato rispetto finisce per rappresentare violazione del principio contenuto nell’art. 3 CEDU. Questa norma, valorizzata forse per la prima volta rispetto al nostro ordinamento, prescrive un espresso

²⁰⁹ La letteratura penalistica sul tema è amplissima, per cui si limita il rinvio a RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 254.

divieto di procedere o non impedire trattamenti inumani e degradanti, allo stesso modo, del resto, di come stabilisce la nostra Carta costituzionale all'art. 27 circa il divieto di applicare pene che consistano *"in trattamenti contrari al senso di umanità"*.

La pietra miliare di questo nuovo percorso intrapreso dalla Corte di Strasburgo in materia di esecuzione della pena, alla luce di una diretta e decisa interlocuzione con l'ordinamento italiano, è rappresentata dal caso *"Sulejmanovic"*, in cui è emerso in maniera chiara il rapporto di proporzionalità distorto dal sistema penale tra le esigenze di sicurezza sociale-penitenziaria e i diritti fondamentali della singola persona²¹⁰.

Nel caso di specie la Corte di Strasburgo statuisce che la pena non deve mai superare quel *"minimo necessario"* per assicurare le ragioni di giustizia e non deve mai incidere su posizioni che non sono comprimibili in modo assoluto. Ne consegue che non può essere ritenuta tollerabile in nessuna circostanza la lesione del principio della dignità della persona che addirittura trasmodi in una forma di detenzione inumana. La Corte ha affermato, inoltre, che prima di dichiarare la violazione dell'art. 3 CEDU è preliminare ed essenziale una valutazione in concreto della vita complessiva del detenuto in carcere, senza limitarsi a considerare o sindacare soglie di carattere quantitativo circa la vivibilità della cella di detenzione²¹¹.

La Corte EDU ripetutamente ha denunciato attraverso le sue pronunce lo stato degradante delle condizioni dei detenuti nelle carceri italiane, ma il nostro Paese non ha adottato le misure necessarie utili a condurre a sistema la soluzione al problema del sovraffollamento carcerario. Ecco la ragione per cui lo Stato italiano si è trovato ad essere censurato più volte e con rigore per non aver

²¹⁰ CORTE EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2009.

²¹¹ Secondo la CORTE EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia cit.*, la "flagrante" mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è di per sé sola, al di là di ogni valutazione sulle altre condizioni, costitutiva di un trattamento inumano e degradante.

adottato espedienti deflattivi, punendo l'inerzia colpevole e diffidando per il futuro a risolvere la questione.

Il caso che ha dato vita all'intervento più deciso a livello di giurisprudenza della Corte EDU è quello generato dalla vicenda oggetto della sentenza "Torreggiani", una decisione che non si limita a censurare il comportamento inerte dello Stato italiano, ma intima precise prescrizioni per rimuovere la condizione di diffusa illegalità detentiva²¹². In particolare, la Corte EDU ha posto in premessa del suo intervento il fatto che lo stesso reclamo al Magistrato di Sorveglianza, facendo ricorso all'art. 14-ter della legge n. 354 del 1975 dell'Ordinamento penitenziario, non riesce a soddisfare lo *standard* minimo di tutela previsto dalla vasta giurisprudenza europea in termini di disponibilità, accessibilità, adeguatezza e sufficienza²¹³. Pertanto, si prescrive che l'Italia dovrà dedicarsi all'elaborazione di: *"Un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi, che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione adeguata e sufficiente delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia"*²¹⁴.

La Corte EDU in questo modo non si è limitata a esprimere un giudizio di condanna dello Stato nazionale, ma ha formulato un preciso auspicio in ordine agli interventi legislativi che il nostro Parlamento avrebbe dovuto assumere capaci di ripristinare la legalità convenzionale, che poi mai come in questo caso viene a coincidere con la legalità costituzionale interna sancita dall'art. 27 Cost..

Ma non basta.

²¹² CORTE EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia *cit.*. Il caso ha riguardato i trattamenti subiti dai ricorrenti, 7 persone detenute per molti mesi nelle carceri di Busto Arsizio e Piacenza, in celle triple e con meno di 4 m2 a disposizione per il singolo detenuto. Ciò che appare particolarmente significativo è che la Corte ha qualificato tale decisione come "sentenza pilota". Quanto riscontrato dalla Corte con tale pronuncia, troverà pertanto applicazione in futuro in relazione alla generalità dei reclami pendenti davanti alla stessa riguardanti l'Italia, ed aventi ad oggetto analoghe questioni di sovraffollamento carcerario. ZICCHITTU P., *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quad.cost.*, 1, 2013.

²¹³ PUGIOTTO A., *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza. Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario* (nota a Corte cost., sent. n. 279/2013), in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014.

²¹⁴ CORTE EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia *cit.*, con particolare riguardo al paragrafo 99.

La sentenza Torreggiani va ben oltre l'indicazione di metodo e nella sostanza impone l'adozione di una serie di rimedi a favore dei detenuti che abbiano come fine una vera e propria *restitutio in integrum* ossia la previsione di un rimedio risarcitorio di natura economica del danno che sia derivato dalla condizione illegale di detenzione inumana²¹⁵. Peraltro, viene sancito che il soggetto detenuto avrebbe dovuto avere la possibilità di esercitare il diritto di azione risarcitoria alla stessa stregua di un soggetto libero, secondo il principio della perfetta uguaglianza della persona umana a prescindere dalle sue condizioni personali.

Questo assetto così prefigurato dalla Corte EDU è stato fatto proprio dalla giurisprudenza interna delle Corti superiori che a loro volta hanno sollecitato il deciso intervento del legislatore per disciplinare lo statuto della tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti in caso di una condotta omissiva o inadempiente tenuta dall'Amministrazione penitenziaria. La Cassazione, intervenuta sul profilo di merito all'esercizio della potestà amministrativa, ha d'altro canto garantito al detenuto la titolarità di posizioni di diritto che lo legittimano come soggetto attivo al ricorso presso il Magistrato di sorveglianza, che dovrebbe giudicare secondo un procedimento di carattere giurisdizionale²¹⁶.

Del resto, anche la Corte costituzionale aveva stabilito uno specifico potere di cognizione del Magistrato di sorveglianza sulle controversie in merito alla violazione dei diritti del detenuto derivante dagli illeciti dell'Amministrazione, come necessaria conseguenza del trattamento penitenziario²¹⁷. Emerge a questo punto in modo chiaro la particolare posizione del detenuto come soggetto considerato come "debole" nella fase di stato di restrizione della libertà personale²¹⁸.

²¹⁵ FIORENTIN F., *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane (Note in attesa di un intervento riformatore in linea con la prospettiva delineata dalla Corte EDU con la sentenza Torreggiani e altri c. Italia)*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2013.

²¹⁶ CASS. SEZ. UN., 26 febbraio 2003, n. 25079, in *Riv.pen.*, 2004.

²¹⁷ CORTE COST., Sent. N. 212 del 3 luglio 1997, in www.cortecostituzionale.it.

²¹⁸ CORTE COST., Sent. n. 266 del 23 ottobre 2009, in *Giur.cost.*, 2009, fasc. 5, pagg. 3779 e 3788.

La singolare novità della pronuncia Torreggiani consiste nel fatto che la Corte EDU ha considerato il caso come sentenza pilota, supponendo, a giusta ragione, che questo non fosse certo un caso isolato e che occorresse stabilire dei punti di diritto fermi da cui ripartire. La Corte EDU, con il riscontro analogo da parte della Corte costituzionale con cui si è instaurato un proficuo dialogo, ha imposto alle autorità italiane l'assunzione di un piano per le riforme nel settore penale e penitenziario per la protezione della dignità umana, vista la continua violazione di quanto stabilito dall'art. 3 CEDU: *"Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti"*. La Corte EDU ha chiarito che l'art. 3 CEDU è stato posto a presidio di uno dei valori fondamentali delle società democratiche, in cui diventa insuperabile e assoluto il divieto di ricorrere alla tortura e alle pene o i trattamenti inumani o degradanti. Non è un caso che, diversamente dalla maggior parte delle altre clausole normative della CEDU, l'art. 3 non stabilisce nessun limite, rafforzando la tutela della dignità dei detenuti anche rispetto alla necessità impellente di sicurezza sociale.

Non sfugge al tema il profilo di natura processuale per il riconoscimento del diritto, vale a dire la natura giuridica dei rimedi che la Corte EDU ha vagliato con particolare attenzione e cioè la previsione nell'ordinamento giudiziario italiano di vie di ricorso interne con lo scopo di ottenere pronunce vincolanti in materia di condizioni detentive. Ed infatti, i ricorrenti, prima di ogni altra cosa, reclamavano la non giurisdizionalità e quindi la non vincolatività, delle pronunce del Magistrato di Sorveglianza rese alla luce degli articoli 35 e 69 O.P., opinando per la natura amministrativa delle stesse. Questa linea teorica avrebbe condotto all'inammissibilità dei ricorsi alla Corte EDU, all'assenza dei requisiti di ricorribilità al giudice europeo, tesi tuttavia smentita con la conferma del carattere totalmente giurisdizionale dei predetti rimedi processuali.

Per tornare al caso della pronuncia Torreggiani come sentenza pilota e come occasione di un dialogo diffuso tra la giurisdizione italiana (ma in realtà anche del legislatore) e quella sovranazionale, essa trova il suo fondamento

all'art. 46 CEDU ed è puntualmente disciplinata dall'art. 61 del Regolamento della Corte EDU.

Questa forma processuale può ricorrere allorchè il caso particolare metta in evidenza l'esistenza di un problema strutturale che derivi da prassi statale incompatibile con la CEDU e che possa, quindi, attrarre nella propria area di attenzione di un ampio numero di persone. Nello specifico va detto con il dispositivo della sentenza si chiedeva allo Stato italiano di indicare un rimedio o un insieme di rimedi interni effettivi per garantire forme di riparazione congrue e idonee, onde reintegrare il principio di legalità all'interno delle carceri italiane.

A seguito della sentenza Torreggiani con una sua Ordinanza del 13 febbraio 2013 il Tribunale di Sorveglianza di Venezia ha trovato nel rinvio dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 147 c.p., un adeguato strumento di intervento nella prospettiva di risolvere il problema del sovraffollamento carcerario. In particolare, il giudice remittente, alla luce della giurisprudenza intimativa della Corte EDU, ha provveduto a sollevare una questione di legittimità costituzionale sulla base della previsione casistica dell'art. 147 c.p., nella parte in cui *“non prevede, oltre i casi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, per violazione degli artt. 27, comma 3, 117, comma 1 (nella parte in cui recepisce l'articolo 3 della CEDU), 2 e 3 della Costituzione”*²¹⁹.

Ed infatti, nella parte motiva della predetta ordinanza di rimessione della questione alla Corte Costituzionale si sollecita una pronuncia additiva cioè una pronuncia di accoglimento che preveda anche la possibilità per il giudice di

²¹⁹ TRIB. di Sorveglianza di Venezia Ordinanza n. 179 del 13 febbraio 2013, in www.tribunaledisorveglianzavenezia.it: *“Sollevata eccezione di incostituzionalità dell'art. 147 c.p nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, per violazione degli artt. 27, co.3, 117, co. 1 (nella parte in cui recepisce l'art. 3 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 4 novembre 1950, ratificata con legge 4 agosto 1955 n. 848, e nell'interpretazione a sua volta fornita dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo di 'trattamento inumano o degradante'), 2 e 3 Cost.”.*

differire l'esecuzione della pena anche nel caso sopra richiamato, non essendoci, in via interpretativa, il modo per il giudice di giungere alla stessa soluzione.

Il problema del senso di umanità della pena nella fase della sua espiazione raccoglie l'esperienza anche di altri Stati che si sono preoccupati della lesione dei diritti fondamentali della persona, anche in ordinamenti dove sembra stridere con il rispetto del diritto alla vita.

In questo ambito trova collocazione la sentenza emessa il 22 febbraio 2011 dalla Corte Costituzionale Tedesca che ha posto *"L'obbligo dello Stato di rinunciare immediatamente all'attuazione della pena nel caso di detenzioni non rispettose della dignità umana"*²²⁰. In linea di coerenza i medesimi principi sono stati affermati prima dalla Corte Federale dello Stato di Californiae, poi, dalla Corte Suprema degli Stati Uniti che ha confermato la precedente decisione²²¹. La Corte Suprema statuisce che: *"Un carcere che priva i detenuti dell'essenziale, incluse adeguate cure mediche, è incompatibile con il concetto di dignità umana e non ha posto in una società civilizzata"*.

La Suprema Corte ha in realtà individuato un limite quantitativo della popolazione carceraria, al fine di salvaguardare la sicurezza pubblica e il funzionamento del sistema giudiziario penale. In definitiva, si è riconosciuto il carattere sistemico e sistematico della violazione costituzionale, affermando chiaramente che il ripristino della tutela della dignità umana è, come si è detto nel nostro continente, prioritario, oltre ogni possibile impatto negativo sulla sicurezza pubblica.

²²⁰ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Sent. 1 BvR 409/09 del 22 febbraio 2011, in www.adir.ifi.it, dove al punto 29 è affermato: *"Quanto all'occupazione e l'organizzazione dei locali di detenzione, sono posti limiti alla discrezione degli istituti di pena attraverso il diritto del detenuto alla tutela della propria dignità umana ex art. 1 par. 1 I rigo della Costituzione (37). I presupposti fondamentali dell'esistenza individuale e sociale dell'uomo devono essere preservati anche quando il titolare di diritti fondamentali non è adatto per la sua libera responsabilità e la comunità lo priva della libertà a causa di reati commessi"*.

²²¹ La Corte Distrettuale Federale della California con decisione dell'8 Aprile 2009, prendendo atto, a seguito di due *class action* proposte da detenuti, della gravità della violazione dei diritti degli stessi, ha ordinato al Governatore dello Stato di ridurre in maniera cospicua, entro due anni, la popolazione carceraria.

Par. 5. - *Una proposta interpretativa: il conflitto tra le Corti come ricerca strategica di nuovi equilibri attraverso un costante dialogo.*

Alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali, tenendo conto della teoria della Costituzione, è importante comprendere il grado d'integrazione sovranazionale cui si è giunti. A tal fine è importante riscontrare eventuali carenze all'interno della giurisprudenza costituzionale, avendo riguardo soprattutto ai rapporti con l'ordinamento dell'Unione Europea e sui limiti al primato del diritto sovranazionale.

Spesso accade che i contrasti fra diritto interno e CEDU sono soltanto apparenti. I contrasti che si verificano fra pronunce delle Corti europee e le pronunce del giudice costituzionale sono conflitti tra giudicati considerati come conflitti tra valori che, dunque, trovano soluzione grazie alla tecnica del bilanciamento. La finalità è quella della realizzazione di un ordinamento "intercostituzionale". Inoltre, è importante chiarire che, con riguardo alle pronunce della Corte di giustizia ed ai loro rapporti con le pronunce della Corte costituzionale, molto spesso il conflitto tra giudicati è soltanto apparente²²². Può accadere che il giudicato costituzionale, nel momento della sua formazione, non sia rispettoso di una precedente pronuncia della Corte di giustizia. Si tratta di un caso complesso, visto che le questioni di costituzionalità sono differenti dalle questioni di "comunitarietà".

I giudici *a quibus*, così come la Corte costituzionale, potrebbero essere considerati come responsabili soltanto nel caso in cui l'attuazione del diritto sovranazionale passi tramite la non osservanza del dettato costituzionale, cioè quando vi sia stata una "non applicazione" del disposto costituzionale perché in contrasto con norma dell'Unione che necessiti di applicazione in ambito interno.

Si tratterebbe dunque di una responsabilità derivante dalla violazione del diritto eurounitario. In tale ipotesi potrebbe configurarsi l'esercizio di un'azione

²²² DALCANTO F., *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2002.

davanti al giudice di Lussemburgo contro lo Stato inadempiente rispetto agli obblighi eurounitari a causa dell'attività della Corte costituzionale. Occorre comprendere quale valore possa attribuirsi in ambito interno ad un'eventuale pronuncia del giudice di Lussemburgo che verifichi l'inadempimento. Sarebbe necessario capire se la decisione da parte del giudice sovranazionale possa rimettere in discussione il giudicato medesimo o se questo non sia possibile rispetto alla dottrina dei "controlimiti" che derivi dal verdetto emesso dalla Consulta. È importante capire se il giudicato possa essere sottoposto ad operazioni di bilanciamento oppure no. Ora, il giudicato è al servizio di valori fondamentali ma necessariamente si confronta con l'adozione della fonte eurounitaria. Dunque, appare prioritario e necessario, di volta in volta, verificare l'esito del bilanciamento attuato. Va appurato se a seguito della pronuncia della Corte costituzionale e la successiva applicazione della norma eurounitaria invece di quella nazionale, venga leso il patrimonio dei valori fondamentali che caratterizzano l'ordinamento interno o se invece ci sia un arricchimento a causa della nuova situazione normativa ottenuta dopo le novità avute in ambito sovranazionale.

Allo stato attuale sembra difficile e anacronistica una netta divisione degli ordinamenti e delle sfere di competenza delle rispettive Corti. C'è da segnalare però che molto spesso sono gli stessi ordinamenti a sostenere tale separazione e lo si può notare dalla vigenza del principio di attribuzione in merito ai riparti di materie e funzioni tra Unione e Stati e ancora dall'idea per cui la stessa Carta dei diritti dell'Unione afferma di avere valenza solo negli ambiti materiali di competenza dell'Unione. Come appare chiaro, attualmente, separare tali ambiti non è conveniente. Difatti, da quanto detto, sembra che il futuro sia affidato alla ricerca di continui parametri comuni per soddisfare le soluzioni più adatte ai singoli casi, con l'auspicabile risultato di individuare modelli interpretativi condivisi ed affidabili.

Questa pare sia la direzione intrapresa dalle Corti europee che si avvicina anche alla nostra Corte per raggiungere utili convergenze e per tenere vivo il “dialogo” cercando di mettere da parte la gelosa rivendicazione di competenze esclusive o di primati²²³. Non tutte le altre Corti costituzionali hanno fatto di meglio rispetto alla nostra per avvicinarsi alle posizioni detenute in modo netto dalle Corti europee²²⁴.

Per quanto concerne i rapporti con l’Unione occorre rilevare che i punti salienti della giurisprudenza eurounitaria sono stati completamente recepiti dalla nostra giurisprudenza, manca invece la riserva dei “controlimiti” che però non è stata attuata. Un “dialogo” tra le Corti appare necessario anche sul piano politico istituzionale per la realizzazione di un utile servizio per i diritti. Per quanto concerne i rapporti con la CEDU e la sua Corte serve da parte del giudice delle leggi e dei giudici comuni un’interpretazione conforme alla Convenzione. La Corte di Strasburgo viene vista spesso come il punto più alto di unificazione-integrazione degli ordinamenti²²⁵.

L’integrazione tra gli ordinamenti vi può essere attraverso la teoria dell’interpretazione, la teoria delle fonti e quindi è continuo il riferimento agli ordinamenti nazionali e all’ordinamento eurounitario. Molte volte le Corti stesse sono state capaci di trovare utili soluzioni anche se non sempre totalmente sufficienti. Le Corti sono legittimate a tracciare linee interpretative sempre più attinenti e coerenti ai casi sottoposti al loro vaglio. In questo modo gli operatori di giustizia hanno maggiori opportunità di accesso a fonti che assicurino orientamenti consolidati, anche se nel momento in cui aumenta la stabilità dei diritti, simultaneamente crescono anche i problemi. Sta alle Corti allora trovare

²²³ PANZERA C., *Il bello dell’essere diversi*, in www.forumcostituzionale.it, 2008.

²²⁴ Si veda il dibattito riportato in FERRARI F.G., *Rapporti tra giudici costituzionali d’Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in Ferrari G.F. (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, ESI, Napoli, 2006.

²²⁵ Ampio conto del dibattito è offerto da SPADARO A., *Una (sola) Corte per l’Europa*, in Falzea P. - Spadaro A. - Ventura L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 555.

una soluzione. Tutto questo è possibile soltanto attraverso il confronto e non con l'autoreferenziale chiusura in sé stessi. Soltanto in questo modo è possibile immaginare la concretizzazione di un nuovo ordinamento "intercostituzionale", attraverso una costante opera "intergiurisprudenziale"²²⁶.

L'auspicio è perseguire la solidità di un ordinamento costituzionale proiettato all'appagamento dei diritti e integrato, a tutela della propria identità, con il costante e proficuo confronto con l'altrui identità²²⁷.

Par. 6. - *Il caso Taricco come punto di innesco del più alto conflitto tra le Corti.*

La prescrizione del reato, che ha dato luogo ad un'annosa e intricata disputa, è un istituto del diritto penale per lungo tempo considerato con scarso interesse dommatico e di cui difficilmente ne venivano messi al centro i vari profili giuridici.

Ciononostante, non possono essere negati alcuni caratteri problematici che confluiscono all'interno dell'istituto della prescrizione, al fine di soddisfare diverse esigenze²²⁸.

L'istituto della prescrizione nasce e si afferma come un principio di garanzia del diritto penale, la necessità di riconoscere attraverso l'accumulo del tempo e il disinteresse da parte dell'ordinamento di perseguire ancora il responsabile di un reato, di dare certezza a posizioni giuridiche soggettive. In particolare, nel diritto penale l'istituto della prescrizione, secondo la disciplina degli artt. 157 e seg. c.p., è prevista come ipotesi estintiva sia del reato che della pena, per cui il semplice decorso del tempo ne determina il suo compimento.

²²⁶RUGGERI A., *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, Centro di documentazione europea - Università di Catania, 19 Maggio 2010.

²²⁷ Di "costituzionalismo interlivello" preferisce discorrere D'ANDREA L., *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, in particolare l'ultima parte del lavoro, laddove si coglie la conclusione secondo cui l'identità del sistema si definisce "in una prospettiva aperta, dinamica e relazionale, cioè nelle (e per le) interazioni che si attivano con altri sistemi".

²²⁸ EPIDENDIO T.E., *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del Diritto Penale tra le Corti*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

La disciplina operativa della prescrizione, in realtà, soprattutto con l'attuale codice di procedura penale concilia prospettive sia di "diritto sostanziale" sia di "diritto processuale"²²⁹. Va precisato che tale condizione non riguarda solo il diritto italiano, ma può considerarsi come una regola generale degli ordinamenti giuridici liberali. Del resto, la vocazione rieducativa della pena nel nostro sistema costituzionale concilia le esigenze di punibilità con la necessità che la pena abbia una finalità risocializzante, che può essere raggiunta soltanto quando venga eseguita tempestivamente la pena, poiché il decorso del tempo potrebbe rendere non più attuali le istanze rieducative.

Attualmente la prescrizione è, invece, un istituto giuridico molto discusso, perchè è considerato come "il" punto di maggiore crisi del diritto penale contemporaneo, la ricaduta delle inefficienze operative del sistema punitivo in grado di fare entrare in tensione le esigenze di giustizia sostanziale con quelle di certezza del diritto.

Il caso che ha dato vita ad una travagliata vicenda giurisprudenziale animatasi tra le Corti è quella legata al "caso Taricco" che origina nel contrasto tra la disciplina nazionale della prescrizione dei reati in materia di imposta sul valore aggiunto e gli obblighi comunitari di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, cui convergono con consistenti apporti i singoli sistemi fiscali nazionali.

²²⁹ BATTAGLINI G., *Diritto penale*, III edizione, Cedam, Padova, 1949, pag. 359. MOLARI A., voce *Prescrizione del reato e della pena (Diritto penale)*, in *Noviss.dig.it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pag. 681. PANAGIA S., voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, pag. 660. PECORARO ALBANI A., *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967, pag. 287. PISA P., voce *Prescrizione - Diritto penale*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pag. 79. Tra i fautori della tesi processuale si segnalano GIUNTA F. - MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003; MICHELETTI D., voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Patti S. (a cura di), vol. XI, Milano, 2007; PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960. Più difficilmente inquadrabile la posizione di CARNELUTTI F., *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv.dir.proc.*, 1950, I, pag. 208. A parte va poi segnalata, anche se isolata, la posizione di Vassalli, secondo il quale anche la prescrizione del reato, e non solo quella della pena come sostenuto nella Relazione al Codice penale, andrebbe ricondotta al fenomeno della "decadenza" e, più precisamente, della decadenza per mancato esercizio della *potestas puniendi*, VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942, pag. 143. VASSALLI G., voce *Potestà punitiva*, in *Enc.del dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985.

Questi legami tra diritto penale processuale e diritto sostanziale sono sempre più frequenti nella legislazione contemporanea e si segnalano come il sintomo di una tendenza, venuta anche all'attenzione della scienza giuridica di matrice penalistica, solo di recente, attestata dall'entrata in vigore di istituti che mostrano particolari connessioni tra aspetti procedurali e sostanziali della loro disciplina. Il caso più evidente, peraltro istituto entrato in vigore per combattere il sovraffollamento carcerario, è quello della *"Sospensione del procedimento con messa alla prova"* degli adulti, introdotta con la legge n. 67 del 28 aprile 2014, il cui carattere ibrido è stato ormai rilevato anche nelle decisioni della Corte costituzionale²³⁰.

Nel nostro ordinamento giuridico penale l'istituto della prescrizione è contraddistinto anche dalla non sempre chiara esigenza politico criminale che lo ispira, censura da appuntare ai continui innesti legislativi che ne hanno distorto la finalità. La prescrizione, infatti, si pone al centro di contrastanti esigenze legate alla variabile *"tempo"*, a quelle connesse, da un lato, alla garanzia dell'imputato contro una eccessiva durata del processo e, dall'altro lato, alla tutela di un arco temporale di accertamento della responsabilità penale per garantire una intensa lotta al crimine. Il problema è che il passare del tempo porta a molti mutamenti, incide, ad esempio, sulla memoria del fatto e dei suoi protagonisti, possono mutare le valutazioni politico-legislative rispetto alla utilità di proseguire l'azione penale. Inoltre, con il passare del tempo, possono aversi anche cambiamenti personali dell'autore del reato che trasformano il suo legame con le condotte passate, tali da non garantire l'attualità dei percorsi rieducativi. Ancora, l'importanza di tale istituto risiede nelle particolari difficoltà di accertamento di fatti ormai decisamente risalenti e il conseguente rischio di errori giudiziari

²³⁰ CASS., Sez. III, Sent. n. 30139 del 15 giugno 2017, in www.cassazione.it. In dottrina già si segnalava lo scopo deflattivo e l'ibrida natura in VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2013, pag. 1301. BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir.pen.proc.*, 2014, pag. 670.

riguardo al c.d. “*deperimento delle prove*”. Come si può comprendere, l’istituto della prescrizione è contraddistinto dalla necessità di evitare situazioni di incertezza e di garantire una ragionevole durata del processo.

Uno dei motivi che ha generato un acceso dibattito, anche politico, sulla prescrizione è dato dal contrasto tra chi sostiene che la disciplina gode di una copertura costituzionale²³¹ e chi ritiene invece che ne sia priva²³². Tale dibattito è particolarmente acceso perché è chiara una certa ambiguità della disciplina estintiva per il decorso del tempo e questo rappresenta una delle principali motivazioni di conflittualità. Conseguenza sono i frequenti mutamenti legislativi sulle modalità di calcolo e sulla durata dei termini della prescrizione, come è agevolmente dimostrato dalla radicale riforma intervenuta con la legge detta “ex Cirielli” n. 251 del 5 dicembre 2005.

La questione della prescrizione, tuttavia, è rimasta al centro dell’attenzione del legislatore italiano che con la successiva c.d. “riforma Orlando” ha modificato di nuovo i termini massimi fissati e le modalità di calcolo, questa volta a svantaggio dell’imputato, al fine di restituire credibilità sanzionatoria all’intero sistema.

La vicenda della prescrizione ha dato vita a uno dei contrasti giurisprudenziali più vivaci tra Corti interne e Corte GUE che hanno portato l’intero sistema a confrontarsi con i nuovi principi fondamentali del nuovo assetto ordinamentale del continente, con la necessità di ritrovare progressivamente di fronte a questioni rilevanti le ragioni di un proficuo dialogo giuridico.

Il tema posto all’attenzione della giurisdizione è quello della possibile disapplicazione di una legge italiana in presenza di una palese violazione dei

²³¹ Ad es. GIUNTA F. - MICHELETTI D., *Tempori cedere. cit.*

²³² GREVI V., *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in atti del convegno *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena; in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Centro Studi giuridici Michele Del Prete, Giuffrè, Milano, 2002. GIOSTRA G., *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur.it.*, 2005, n. 11, pag. 2221.

Trattati europei. Questo accadeva con riferimento al “caso Taricco” che ritrova la sua origine in una decisione del Tribunale di Cuneo chiamato a decidere su di una serie di operazioni fraudolente note come “frodi carosello”, argomentando che si sarebbe concessa assoluta impunità alle persone e alle imprese che violano le disposizioni penali, dal momento che la riduzione dei tempi di prescrizione nel diritto italiano avrebbe creato una nuova possibilità di esenzione dall’IVA, una sorta di principio di diritto improprio, non prevista dal diritto dell’Unione. Il caso dava la stura a successivi e incisivi interventi della Corte costituzionale italiana²³³ e della Corte di Giustizia dell’Unione europea²³⁴ con specifico riferimento alla *legge ex Cirielli* che riduceva i termini massimi di prescrizione dei reati tributari rispetto alla precedente disciplina codicistica dell’art. 157 e seg. c.p.²³⁵.

In particolare, veniva sostenuto dal giudice sovranazionale che ridurre i tempi di prescrizione equivaleva a ridurre il carico di penalità per il responsabile della violazione, anche in ragione della lentezza dei nostri tempi processuali, e con esso il diritto dell’Europa di esigere l’IVA che è un classico tributo da conferire al sistema fiscale europea come stabiliscono i Trattati²³⁶.

Vi sono due motivi di estremo interesse che propone la vicenda Taricco.

Il primo motivo, peraltro più dibattuto, riguarda i difficili rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell’Unione europea rispetto al diritto penale²³⁷. L’altro motivo, invece, concerne il ruolo e i limiti di accettabilità di un diritto che appare regolato da un più ampio e decentrato principio di legalità²³⁸.

²³³ Cfr. ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale.

²³⁴ Corte di Giustizia dell’Unione europea, GS, 8 settembre 2015 *cit.*

²³⁵ VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2016.

²³⁶ VIGANÒ F., *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE: la Corte d’appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i “contro limiti”*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015.

²³⁷ AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Bernardi A. - Cupelli C. (a cura di), Jovene, Napoli, 2017.

²³⁸ PULITANÒ D., *Diritto penale e tecniche interpretative: l’interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo “creativo” del giudice*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017. ALI A., *Il principio di legalità nell’ordinamento comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005.

Il confronto tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia dell'Unione europea sul tema della prescrizione si presenta particolarmente significativo per la sua portata complessiva, perché può essere considerato come un confronto tra due diverse prospettive della "legalità penale" che genera dai diversi degli Stati aderenti all'Unione²³⁹. Nonostante il differente contesto e il diverso ruolo istituzionale, la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo sono legate a una tendenza che mira al ridimensionamento del ruolo che, nell'attuazione del principio di legalità, è riconosciuto alla legislazione parlamentare e agli organi di produzione legislativa dello Stato. Il problema è che in tema di comparazione e sotto la spinta della giurisprudenza sovranazionale la riserva di legge mette in luce la sua afferenza a una dimensione storico-politica piuttosto che contemporanea e moderna²⁴⁰.

Sarebbe opportuno non esigere una superiorità assiologica, ma piuttosto valutare i limiti di tenuta democratica e costituzionale di un dato ordinamento nazionale quando mutano i presidi della legalità. Dopo tale disamina si possono mettere in chiaro taluni problemi messi in evidenza dalla "sentenza Taricco" della Corte GUE e dalla successiva ordinanza di rimessione della questione pregiudiziale interpretativa da parte della Corte costituzionale italiana.

Il diritto comunitario, come già si è ampiamente detto, assume spesso i connotati di un "diritto giurisprudenziale" di tipo creativo mediante le sentenze della Corte GUE. Tale "diritto giurisprudenziale comunitario" finisce però con interferire con il principio costituzionale italiano di legalità penale che trova la sua matrice generatrice nel principio di riserva di legge²⁴¹. Il "diritto giurisprudenziale comunitario", tuttavia, non prevede l'eliminazione o la

²³⁹ AA.VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, Pino G. - Villa V. (a cura di), Bologna, 2016. Con riferimento più specifico ai problemi aperti dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, si veda PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it - Riv. trim., 2/ 2015, pag. 41.

²⁴⁰ Così FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass.pen.*, 2017.

²⁴¹ BERNARDI A., *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006, pag. 71.

sostituzione di dettati normativi contenuti nella disposizione legislativa che svolgono una funzione di integratore di determinatezza della fattispecie attraverso un procedimento interpretativo che non innova la norma da valutare. In questo senso è possibile affermare che solo a queste condizioni il “diritto giurisprudenziale penale comunitario” può ritenersi compatibile con il principio di legalità penale nazionale.

Nel caso in cui vi fosse un contrasto tra la disposizione penale interna e il “diritto giurisprudenziale comunitario” il giudice comune non potrebbe non applicare la disposizione nazionale e, al tempo stesso, dovrebbe proporre la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale. Il procedimento di compatibilità tra le due prescrizioni da conciliare tiene conto del fatto che, se il rimettente mira all’adeguamento della norma interna dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della stessa per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost. come integrato dalla norma comunitaria che risulti dalla sentenza della Corte di Giustizia. Invece, se il rimettente ritenga che sia la norma comunitaria a dover fare un passo indietro perchè lesiva di principi costituzionali fondamentali tali da attivare i controlimiti, dovrà piuttosto sollevare questione di legittimità costituzionale della norma esecutiva del Trattato nella parte in cui dà spazio alla norma comunitaria che risulti dalla sentenza della Corte di giustizia, per violazione dei principi costituzionali considerati capaci di attivare i controlimiti²⁴².

Nel caso in cui la Corte costituzionale non dovesse considerare come sufficienti i presupposti costituzionali per il suo intervento, dovrebbe sollecitare il diritto giurisprudenziale non integrativo di determinatezza, e dunque anche quello comunitario, potrebbe essere in contrasto con il principio costituzionale di

²⁴² RUGGERI A., *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2016. RUGGERI A., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1 marzo 2011.

legalità penale, con la possibilità di opporre i controlimiti all'interno di un giudizio costituzionale.

Il problema è che in mancanza di una “cultura del limite” non è ben delineata la ragione fondativa di un “diritto giurisprudenziale”, sia nazionale sia sovranazionale, che non sia ancora pienamente capace di configurare i propri confini²⁴³.

Par. 6.1 - La legislazione italiana sulla prescrizione del reato.

La vicenda c.d. Taricco non offre soltanto spunti di riflessione sull'uso degli istituti estintivi del reato e delle loro conseguenze sul terreno della punibilità, della credibilità ed efficienza del sistema penale, sulla proporzionalità dell'intervento punitivo rispetto agli interessi economici e finanziari del sistema comunitario, ma apre nuovi orizzonti sui rapporti tra le fonti del diritto, su aspetti della sovranità nazionale e sulle interlocuzioni tra le diverse giurisdizioni. Il vero tema al centro della dibattuta questione è la potestà legislativa e in quali rapporti di forza si trovano le norme interne con i principi delle norme sovranazionali fondanti il sistema euro unitario. Così come si prospetta una nuova interlocuzione tra i poteri di controllo sulle leggi affidate alle Corti e in quale misura e con quali strumenti sono chiamati a dialogare. Il vero problema è sono i “limiti” dell'intervento di censura di una norma giuridica interna e se e in quale misura possono essere giustificati i “controlimiti” che impediscono una sua disapplicazione o abrogazione²⁴⁴.

Ritorna prepotentemente ad emergere la contrapposizione tra ordinamenti in termini di sovranità legislativa e la necessità di individuare strumenti di dialogo che consentano di stabilire un dialogo che abbia come

²⁴³ PALAZZO F., *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in AA.Vv., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Bernardi A. (a cura di), Jovene, Napoli, 2017.

²⁴⁴ SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Itinerari di diritto penale dell'economia*, Padova University Press, Padova, 2018, pag. 93.

finalità la composizione di un dissidio interpretativo teso a stabilire coerenza e armonia nell'ordinamento delle leggi continentali.

Vi sono certamente quattro elementi che generano perplessità per il sistema sovranazionale in ordine all'istituto della prescrizione: 1) la dicotomia non ben definita tra diritto sostanziale e processuale; 2) la tensione tra garanzie dell'imputato e tutela degli interessi comunitari lesi dal reato in merito alla variabile temporale; 3) l'instabilità della disciplina legislativa; 4) la formazione di un diritto giurisprudenziale, nazionale e comunitario che non riesca a trovare un punto di equilibrio.

Il dibattito, si è detto, ha ad oggetto un aspetto imprescindibile in un sistema ordinato che è quello che si riferisce ai rapporti tra legalità penale sostanziale, tutelata dall'art. 25, II comma, Cost. e legalità sovranazionale che si radica secondo gli artt. 101 e 111 Cost. nonché la non meno tutelata la legalità processuale.

Infatti, la Corte GUE afferma che l'istituto della prescrizione deve essere sottratto alle garanzie previste dal principio di legalità codificato all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. "Carta di Nizza"), dall'art. 6 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dall'art. 7 della CEDU.

Il vero punto di scontro di principio consiste nel fatto che la Corte costituzionale italiana, alla luce della legalità interna, afferma che la prescrizione ha natura sostanziale e non processuale per il nostro ordinamento nazionale, per cui riceve la piena copertura delle garanzie fondamentali²⁴⁵.

Il nodo che si intravede emergere nelle analisi della Corte sovranazionale è legato alla instabilità della natura della prescrizione come ipotesi estintiva del reato che le leggi italiane degli ultimi decenni hanno invece contribuito a

²⁴⁵ Non sembra adeguatamente considerare le affermazioni della Corte costituzionale italiana sul carattere sostanziale della prescrizione NEGRI D., *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in *Arch.pen.* n. 2, 2017.

confondere. In effetti si è verificato che il legislatore si è servito di norme processuali per attuare modifiche e revisioni delle norme di diritto sostanziale che regolano la prescrizione nel codice penale. Queste incursioni con strumenti normativi diversi, essenzialmente di carattere operativo-processuale, ha reso incoerente l'istituto e con esso il dato di stabilità e uniformità della disciplina che appare sganciata dallo statuto delle garanzie fondamentali sancite dalla Carta costituzionale.

Non a caso le censure da parte della Corte GUE si riflettono su interessi rilevanti di tipo finanziario che dovrebbero essere subordinati a quelli fondamentali della persona: *“Con questa decisione la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”*²⁴⁶.

Un punto che coglie la Corte GUE è certamente importante e dovrebbe essere posto al centro dell'attenzione da parte del legislatore nazionale, allorché si discuta dalla cosiddetta “pena del processo” (lo stesso processo penale come ipotesi di una sanzione afflittiva) e la necessità di garantire tempi di accertamento per una sufficiente tutela degli interessi violati dalla commissione di determinati reati, tali che non siano un modo per eludere la responsabilità e la condanna. In pratica conferire al sistema penale quella necessaria effettività che può essere raggiunta con la opportuna efficienza del sistema.

Pertanto, il tema della natura della prescrizione anche nella dottrina penalistica non sempre trova allineati gli interpreti. Secondo taluni, la

²⁴⁶ Ripreso da CORTE COST., Ord. n. 24 del 23 novembre 2017 cit..

prescrizione sarebbe un istituto senza una logica giustificazione per un ordinamento penale moderno, quanto piuttosto la scelta legislativa relativa ad un particolare momento storico²⁴⁷. D'altra parte, non può sfuggire che la prescrizione si pone anche a tutela contro l'eccessiva lentezza dei processi, per cui finisce per stabilire un invalicabile limite temporale da intendersi come un presidio di garanzia formale. Il problema è che l'eccessiva lentezza dell'accertamento processuale che attualmente si registra in Italia e che la prescrizione tenta di evitare ha finito per trasformarsi in una lentezza patologica, causata da un'anomalia di un modello processuale, anche se nelle originarie intenzioni intendeva salvaguardare garanzie processuali dell'imputato. La prescrizione e la sua incidenza possono, quindi, assumere il ruolo di indicatore di anomalie nella eccessiva previsione legislativa di garanzie processuali (lentezza fisiologica) o nell'organizzazione della struttura statale penale (lentezza patologica). In definitiva, la prescrizione è un valido indicatore dello stato di salute del processo penale e consente di valutare quando appare necessario intervenire sulla sua disciplina.

Va opportunamente rilevato che nell'ambito di tale dibattito viene utilizzata l'espressione "sentimento di giustizia", quasi a sottolineare l'importanza delle scelte applicative che si fanno in materia di prescrizione, per comprendere come i singoli "casi giuridici" possano vincolare le reazioni popolari e anche la dottrina e la giurisprudenza. Ora, le diverse giurisdizioni, nazionali e sovranazionali o comunitarie possono rispettivamente fare proprie differenti soluzioni, soprattutto quando queste discendono dalla loro diversa collocazione istituzionale. Il "caso Taricco" è uno di quei casi paradigmatici che hanno trovato su diverse sponde dialettiche la Corte GUE da un lato e la Corte costituzionale italiana dall'altro.

²⁴⁷ PISA P., voce *Prescrizione - f) Diritto penale*, in *Enc.del dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986.

La sentenza che segna l'avvio della *querelle* è quella resa dalla Grande sezione all'udienza dell'8 settembre 2015, con la quale la Corte GUE ha affermato, riportandone per esteso la motivazione in ordine al diritto dell'Unione che sarebbe stato leso, che: *“Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice -normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale- è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE”*²⁴⁸.

In buona sostanza la Corte europea pone un problema di legittimità della fonte del diritto italiano imponendo al giudice nazionale di disapplicare la legge ex Cirielli ²⁴⁹. In realtà questa prescrizione si pone in aperto contrasto con l'ordinamento italiano giuridico ed in particolare si presenta come una sospetta lesione del principio di riserva di legge nazionale. Questa pronuncia apre la stura

²⁴⁸ Corte GUE, Grande sezione, Causa C-105/14, Sentenza 8 settembre 2015, in www.giurisprudenzapenale.com.

²⁴⁹ MANES V., *La svolta Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016. MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass.pen.*, n. 2, 2016, pag. 1258.

al contrasto giuridico, per cui alcuni giudici nazionali sollevano la questione di legittimità innanzi alla Corte costituzionale italiana, investita di valutare la conformità a Costituzione delle norme che ordinano l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nella parte in cui prevedono l'applicazione del citato art. 325 TFUE, così come interpretato dalla Corte di Lussemburgo e con gli effetti da questa previsti.

La Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24/2017 in esordio della sua motivazione dà conto di un dato incontestabile che investe il rapporto tra i due sistemi ordinamentali: *“Il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.; questa stessa giurisprudenza ha altresì costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perchè il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi”*²⁵⁰.

Appare interessante notare che il modo di procedere della Corte costituzionale instaura un vero e proprio proficuo dialogo in ordine a questioni giuridiche che investono i fondamenti costitutivi dell'Unione europea e del diritto euro unitario. Pur apparendo, infatti, l'assunto della Corte GUE una vera lesione alla sovranità legislativa dello Stato italiano, la Corte non fa scattare i “controlimiti” o meglio non affronta il contrasto esacerbando i termini giuridici di una questione che condurrebbe ad una controversia politica sulla sovranità legislativa, ricorre alla procedura di interlocuzione regolata dai Trattati: *“.... di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per*

²⁵⁰ In CORTE COST., Ord. n. 24 del 23 novembre 2017 cit., pag. 2.

gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le seguenti questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del medesimo Trattato".

In questo senso sottopone tre specifici quesiti e con particolare accentuazione quello relativo ai principi fondativi dell'ordine costituzionale italiano: *"- se la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro".*

Come si può notare, i due provvedimenti della Corte di Giustizia di Lussemburgo e della Corte costituzionale italiana indicano due diverse sensibilità sulla prescrizione all'interno dei differenti contesti giuridici e politici in cui le due giurisdizioni istituzionalmente si collocano. La Corte di Lussemburgo valorizza la prospettiva che considera la prescrizione come un "ostacolo" ad una efficace repressione dei reati a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea; invece la Corte costituzionale mette in evidenza come sia importante il valore e la conseguente tutela e garanzia della persona.

La prova del dialogo risulta riuscita perché è la stessa Corte GUE a rendere una decisione destinata a segnare i rapporti futuri tra fonti e soprattutto tra i confini delle sovranità, dove la soluzione non è la relazione conflittuale prevalenza - soccombenza, ma la mediazione ragionata finalizzata a far emergere i punti di coincidenza dei valori comuni.

La motivazione della Corte GUE rappresenta una pietra miliare in questo persistente confronto: *"La Grande sezione della Corte di giustizia, con sentenza 5*

dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A. S. e M. B., ha compreso il dubbio interpretativo di questa Corte e ha affermato che l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della "regola Taricco", viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

In primo luogo, provvede a chiarire che, in virtù del divieto di retroattività in malam partem della legge penale, la "regola Taricco" non può essere applicata ai fatti commessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza che l'ha dichiarata, ovvero anteriormente all'8 settembre 2015 (paragrafo 60). Si tratta di un divieto che discende immediatamente dal diritto dell'Unione e non richiede alcuna ulteriore verifica da parte delle autorità giudiziarie nazionali.

In secondo luogo demanda a queste ultime il compito di saggiare la compatibilità della "regola Taricco" con il principio di determinatezza in materia penale (paragrafo 59). In tal caso, per giungere a disapplicare la normativa nazionale in tema di prescrizione, è necessario che il giudice nazionale effettui uno scrutinio favorevole quanto alla compatibilità della "regola Taricco" con il principio di determinatezza, che è, sia principio supremo dell'ordine costituzionale italiano, sia cardine del diritto dell'Unione, in base all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo (paragrafi 51 e 52 della sentenza M.A.S.)"²⁵¹.

Va da ultimo detto che la Corte costituzionale italiana, riprendendo la prescrizione della Corte GUE, sancisce che è sempre possibile procedere alla disapplicazione della norma in contrasto, salvo che una: "disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di

²⁵¹ CORTE GUE, Grande sezione, Causa C-42/17, Sentenza 5 dicembre 2017, in www.giurisprudenzapenale.com.

una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato"²⁵².

In definitiva, la Corte di Lussemburgo considera le norme sulla prescrizione sostanzialmente come "norme processuali" e affronta il problema del rispetto del principio di legalità, come maturato in ambito "europeo", cioè sulla base della giurisprudenza della Carta di Nizza e della CEDU, riferendosi soltanto al parametro del divieto di "retroattività" sfavorevole in *malam partem* che non può essere applicata ai fatti anteriormente commessi. In questo modo, sebbene enucleata dalla Corte GUE con la sentenza del 2015 la c.d. "regola Taricco", viene stabilito definitivamente che essa non possa essere applicata al calcolo della prescrizione per fatti anteriori alla legge di modifica, pena la violazione dei diritti fondamentali dell'ordinamento nazionale.

Par. 6.2 - Il rinvio pregiudiziale per disinnescare il conflitto. Alla ricerca di un dialogo.

Vi è uno strumento normativo dei Trattati molto importante cui è possibile fare ricorso per risolvere dissidi interpretativi tra sistemi che potrebbero degenerare in veri e propri conflitti istituzionali.

Si tratta del c.d. "rinvio pregiudiziale" che può essere rivolto alla Corte GUE, secondo quanto disposto dall'art. 19, paragrafo 3, lettera b), del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che consente ad una giurisdizione nazionale di interrogare la Corte CGUE sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo nell'ambito di un contenzioso in cui tale giurisdizione venga coinvolta.

Diversamente dalle altre procedure giurisdizionali che hanno un chiaro carattere contenzioso, il rinvio pregiudiziale non è un ricorso contro un atto europeo o nazionale, bensì un quesito, una richiesta di chiarimento,

²⁵² CORTE COST., Sent. n. 115 del 10 aprile 2018, in www.cortecostituzionale.it.

sull'applicazione del diritto europeo. Il rinvio pregiudiziale assolve certamente al compito di garantire l'applicazione uniforme del diritto europeo in tutti gli stati dell'Unione.

Vi sono due diversi tipi di rinvio pregiudiziale: 1) il rinvio per l'interpretazione della norma europea, per cui il giudice nazionale chiede alla Corte GUE di rendere un parere sull'interpretazione del diritto europeo per poter applicare la norma correttamente; 2) il rinvio per l'esame di validità di una norma europea di diritto secondario, per cui il giudice nazionale chiede alla Corte di giustizia di verificare la validità di un atto di diritto europeo.

Al fine di favorire questa soluzione che favorisce il dialogo tra le Corti, il 25 novembre 2016 sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea le nuove raccomandazioni rivolte ai giudici in merito alla presentazione delle domande di pronuncia pregiudiziale rivolte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In riferimento al tema dei rapporti e delle problematiche che si sono poste ai fini di una pacifica collaborazione e di dialogo fra la Corte GUE e i giudici nazionali comuni occorre dire che a questi ultimi è stato attribuito un ruolo importante nella concretizzazione dell'ordinamento eurounitario, e per tale ragione i giudici ordinari sono stati sollecitati ad un largo uso dello strumento del rinvio pregiudiziale²⁵³.

Dunque, sempre più spesso i giudici nazionali hanno fatto ricorso alla Corte di giustizia, fino ad avere addirittura la preoccupazione di un uso eccessivo e non controllato del rinvio che però potrebbe generare problemi alla funzionalità dello strumento²⁵⁴. Infatti, il giudice comune dello stato membro è chiamato a disapplicare o a non applicare in maniera diretta il diritto nazionale nel caso in

²⁵³ ROMBOLI R., *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in www.rivistaaic.it, 6 maggio 2014.

²⁵⁴ RUGGERI A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema?*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, Dispense di Diritto Costituzionale I*, Università degli Studi di Messina, 2011, XV, 506.

cui si rilevi che questo sia in contrasto con il diritto eurounitario. In questo modo piuttosto che sollevare questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale può proporre, a fini interpretativi o di validità della norma sospetta, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia²⁵⁵.

La previsione di un controllo di tipo diffuso di compatibilità comunitaria può condurre alla confusione di piani di intervento da parte del giudice nazionale, per l'abitudine di controllo di tipo accentrato come quello stabilito in merito alla verifica interna sulla costituzionalità delle leggi. In particolare, la giurisprudenza della Corte GUE ha messo in rilievo il bisogno di un controllo diffuso anche nei rapporti tra diritto derivato e principi afferenti al diritto europeo, facendo leva su una dimensione tutta europea, considerata da sempre di competenza esclusiva della Corte di Lussemburgo. Grazie al sistema eurounitario vi è la previsione di una distinzione tra i giudici nazionali che siano o meno giudici di ultima istanza, accettando solo per questi ultimi l'obbligo di rinvio pregiudiziale per motivi interpretativi e per ragioni di validità.

Essendo stato ribadito che l'obiettivo del rinvio pregiudiziale è quello di assicurare la uniforme interpretazione e applicazione del diritto eurounitario disinnescando conflitti, sarebbe stato opportuno imporre un simile obbligo a tutti i giudici nazionali. Tuttavia, resta la possibilità a tutti i giudici di sollevare questioni pregiudiziali, soprattutto rispetto alle "nuove interpretazioni", così come viene raccomandato dalla *"Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali"* pubblicata per la prima volta nel 1996.

E' molto interessante rilevare che viene conferita potestà di interpretazione al giudice nazionale in ordine alla definizione di "atto chiaro", rimettendola appunto alla sua sensibilità ed esperienza. La Corte GUE a tale

²⁵⁵ MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.

proposito ha sancito che la nozione di “chiarezza” dell’atto normativo dipende dal fatto che il suo significato sia indiscutibile anche da parte dei giudici degli altri stati membri e della medesima Corte GUE, attesa la specificità e la particolarità del linguaggio del diritto eurounitario e il bisogno di confrontare le varie e diverse versioni linguistiche della disposizione.

Concludendo, appare chiaro il fatto che ragioni di opportunità istituzionale, politica e giuridica perseguono la strada di evitare contrasti tra i giudici degli stati membri e la stessa disciplina normativa eurounitaria, perché la validità e la uniformità finiscono per garantire anche il principio di certezza del diritto.

Par. 7. - *Prove di una nuova legalità: verso il superamento della riserva di legge?*

All’interno del nostro ordinamento vi sono alcuni fenomeni tali da generare una serie di profonde riflessioni sul significato della legalità penale e sulla possibilità di rendere concreta la sua naturale funzione di garanzia²⁵⁶.

Il sistema multilivello di fonti ha messo in crisi la rigidità del principio della riserva di legge, vista come il potere delle scelte di incriminazione, e dall’altra parte, il mutamento del ruolo del giudice che da interprete della volontà legislativa è divenuto il vero e autentico protagonista nell’attività di produzione del diritto.

²⁵⁶ Si soffermano su tale riflessione FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad.fior.* 2007, 1251. FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pag. 79. PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un “principio fondamentale*, in *Quad. Fior.* 2007, pag. 1279. C. GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano 2010. INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012., pag. 285. PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2015, pag. 29. DI GIOVINE, O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale cit.*, pag. 159. Per una riflessione di sistema che coglie le trasformazioni della legalità in uno con i mutamenti che interessano anche altri principi fondamentali del diritto penale, si rinvia a MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2012, pag. 839.

Vero è anche che il giudice non svolge un ruolo arbitrario, poiché è tenuto a privilegiare l'interpretazione conforme ai canoni ermeneutici condivisi, tale che la legge possa essere facilmente riconoscibile dai consociati e che essi possano liberamente determinarsi.

L'attenzione che si appunta al rapporto di compatibilità del significato di garanzia della legalità con il ruolo creativo dei giudici nasce dal necessario confronto tra il sistema di garanzie nel nostro ordinamento interno e quello previsto dall'ordinamento CEDU, nei confronti del quale la Corte EDU svolge un sindacato di conformità del diritto degli stati membri alla Convenzione²⁵⁷. La Corte EDU ha fornito un contributo importante nell'individuazione dei corollari della legalità penale, sin dall'interpretazione del *nullum crimen nulla poena sine lege* sancito con l'art. 7 CEDU, e all'innalzamento degli standard delle garanzie mediante il principio di legalità convenzionale considerato come compatibile con il modello recepito dall'art. 25 Cost.

Stando a questa prospettiva il nucleo essenziale del principio di legalità è rappresentato dall'accessibilità e dalla prevedibilità del diritto, per cui viene assicurata tutela contro il rischio di punizioni arbitrarie e in modo tale che il soggetto possa prevedere le possibili conseguenze penali delle sue azioni, così come occorre la concretizzazione di una disposizione di legge sufficientemente precisa e chiara.

Il panorama che si presenta all'interprete che punta la sua attenzione sui principi di garanzia del sistema appare carente di uniformità, vuoto che potrebbe essere colmato dalla Costituzione europea che, definita formalmente "Trattato", si sostanzia in un ambizioso progetto di revisione dei Trattati posti alla base della fondazione del sistema eurounitario, reso definitivo nell'anno 2007 dopo il voto negativo dei referendum in Francia e nei Paesi Bassi. Tuttavia, molti elementi

²⁵⁷ DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale cit.*, pag. 2197. DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione cit.*, pag. 163.

innovativi della Costituzione sono stati raccolti nel successivo Trattato di Lisbona, la cui entrata in vigore è avvenuta il 1^o dicembre 2009.

La Costituzione europea ha un obiettivo ben preciso, quello di sostituire i vari e differenti Trattati assicurando un equilibrio di natura politica alle sue istituzioni, alle sue competenze, alle modalità decisionali, alla politica estera²⁵⁸. Secondo molti non si è in presenza di una vera e propria Costituzione, ma di una specie di Testo unico, in cui vengono solo introdotti e riordinati testi giuridici preesistenti senza nessuno spostamento di sovranità²⁵⁹.

La questione di fondo che non può sfuggire ripercorrendo l'origine storica del processo d'integrazione europea riguarda un modello che non è mai stato progettato con sufficiente attenzione, per cui si è generata una crisi istituzionale che, con tutta probabilità, non è ancora stata superata²⁶⁰. Il problema è sostanzialmente di tipo politico per cui gli Stati e i loro governi hanno manifestato la tendenza a custodire gelosamente ampi spazi, con l'inevitabile risultato che l'Europa non è intesa come una comunità politica unita. Sono ravvisabili diritti e valori comuni senza però individuare i soggetti portatori di quei diritti e di quei valori e chi è chiamato concretamente ad applicarli. Questa è la ragione per cui rimane aperto ed irrisolto il problema della sovranità.

La ricaduta dell'incompleta opera di unificazione istituzionale e politica ha importanti ricadute sul terreno della legalità che porta inevitabilmente all'aumento del potere dei giudici europei e soprattutto della Corte GUE, perché sia i nuovi che i vecchi stati membri hanno tutti difeso la propria sovranità.

Appare strano, ma sembra che l'ampliamento abbia sottolineato sempre più gli elementi di diversità registrati tra gli Stati e all'interno dell'Unione. Molto

²⁵⁸ CASSESE S., *La costituzione europea*, in *Quad.costit.*, 1991.

²⁵⁹ BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, VII ed., Giappichelli Editore, Torino, 2006, pag. 93: "Il termine "Costituzione" era impiegato per indicare quello che è un nuovo "Trattato di base", destinato a sostituire gran parte dei precedenti Trattati europei".

²⁶⁰ STROZZI G., *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir.Un.Eur.*, 2011, pag. 848. MORRONE A., *Una costituzione per l'Europa? Per uno Stato costituzionale europeo*, in www.federalismi.it, 4 dicembre 2014.

è dovuto alla evidente diseguaglianza sociale che emerge in maniera prepotente nel contesto europeo. La pericolosa conseguenza è che un diritto come quello europeo che affonda le proprie radici nella giurisprudenza riesce soltanto a fornire risposte vaghe e incoerenti, situazione che mina un autentico processo d'integrazione politica che abbia come obiettivo e finalità la nascita di una "società di eguali"²⁶¹.

In realtà la crisi economico-finanziaria ha messo in luce tutti limiti del sistema Europa in cui serpeggia una generale sensazione di insicurezza del processo di integrazione europea che produce effetti negativi sulle politiche nazionali ²⁶². Paradossalmente l'Unione europea è divenuta essa stessa la principale ragione di blocco, non solo alla crescita economica, ma proprio allo sviluppo della forma di "stato costituzionale".

Si fa urgente l'esigenza di avere in Europa la realizzazione di un sistema politico unitario fondato su poteri di governo degli interessi di tutti i cittadini europei, senza la necessità di regole e misure applicative uniformi. Quindi, non una mera "costituzione di diritti", ma un vero e proprio "stato costituzionale europeo" con valori, istituzioni e politiche unitari.

²⁶¹ CARAVITA B., *Il federalizing process europeo*, in www.federalismi.it, 17 settembre 2014.

²⁶² RAFFIOTTA E., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello stato costituzionale in Europa*, Bologna, Bononia University Press, 2013

INDICE BIBLIOGRAFICO

DOTTRINA

- AA.VV., *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Lanfranchi L. (a cura di), Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2004
- AA.VV., *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, in A. Lucarelli - A. Patroni Griffi (a cura di), ESI, Napoli, 2010
- AA.VV., *Rule of law. L'ideale della legalità*, Pino G. - Villa V. (a cura di), Bologna, 2016
- AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Bernardi A. - Cupelli C. (a cura di), Jovene, Napoli, 2017
- AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di MASTROIANNI R. - POLLICINO O. - ALLEGREZZA S. - PAPPALARDO F. - RAZZOLINI O., Giuffrè, Milano 2017
- ALI A., *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005
- ALLEN M., Art. 6 CEDU. *Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012
- ARENA A. - BESTAGNO F. - ROSSOLILLO G. (a cura di), *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2016, pag. XVI-438, in AA.VV. (a cura di), *Codice RENEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Jovene, Napoli, 2016
- ATTAGLIA E., *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Di Federico G. (a cura di) *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004
- BARBERA A. - MORRONE A., *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, Bologna 2003
- BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in www.cortecostituzionale.it, 24 ottobre 2017
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973
- BARTOLE S., *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008
- BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir.pen.proc.*, 2014
- BATTAGLIA E., *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Di Federico G. (a cura di) *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004
- BATTAGLINI G., *Diritto penale*, III edizione, Cedam, Padova, 1949
- BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta Europea dei Diritti: problemi e prospettive*, in *Riv.it.dir.pubbl.comun.*, 2002
- BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004
- BERNARDI A., *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006
- BERNARDI A., *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017
- BERNARDI S., *I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione - Considerazioni su Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2016 (dep. 18 ottobre 2016), n. 44193*, *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2/2017
- BIANCA C.M., *La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2002
- BIFULCO R., *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in www.rivistaaic.it, 2014

- BIFULCO R., *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in www.rivistaic.it, 10 ottobre 2014
- BIN R. - PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, VII ed., Giappichelli Editore, Torino, 2006
- BIN R., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012
- BOBBIO N., *Prefazione*, a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2018
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973
- BRICOLA F., *Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario alla Costituzione - Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1977
- CALVANO R., *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in www.federalismi.it, 29 febbraio 2016
- CANNIZZARO E., *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002
- CANNIZZARO E., *La sovranità mista: l'Unione europea e i suoi Stati membri come soggetti dell'ordinamento internazionale*, in *Atti del VII Convegno SIDI: L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale*, Jovene, Napoli, 2003
- CANNIZZARO E., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna, 2007
- CANNIZZARO E., *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e l'art. 117 Cost., 1° comma, Cost.*, in *Riv. di dir.intern.*, 2009
- CANNIZZARO E., *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir.Un.Eur.*, 2012
- CAPONI G. - CAPUOZZO V. - DEL VECCHIO I. - SIMONETTI A., *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*, in www.federalismi.it
- CAPOTORTI F., *Interferenze tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed altri accordi, e loro riflessi negli ordinamenti interni*, in *Comunicazione e studi*, XII, 1966
- CARAVITA B., *Il federalizing process europeo*, in www.federalismi.it, 17 settembre 2014
- CARETTI P., *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008
- CARLASSARE L., voce *Riserva di legge*, in *Enc.giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990
- CARLOTTO I., *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- CARNELUTTI F., *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv.dir.proc.*, 1950
- CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di "doppia pregiudizialità" comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997
- CARTABIA M. - CELOTTO A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur.cost.*, 2002
- CARTABIA M., *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in Pizzorusso A., Romboli R., Ruggeri A., Saitta A., Silvestri G., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Giuffrè, Milano, 2003

- CARTABIA M., *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2006
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna, 2007
- CARTABIA M. - GENNUSA M., *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009
- CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006
- CASSESE S., *La costituzione europea*, in *Quad.costit.*, 1991
- CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2009
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012
- CICCONETTI S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007
- CHIBELLI A., *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2016
- CHIRULLI P., *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costit. dell'AIC*, n. 2, 2014
- CIVELLO CONIGLIARO S., *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso primissime osservazioni sul caso Contrada*, in *Dir.pen.cont.riv.trim.*, 4 maggio 2014
- CONDORELLI L., *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Cedu o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008
- CONFORTI B., *Riflessioni sul diritto internazionale contemporaneo*, www.lincai.it, lezione 13 maggio 2011
- CONTI R., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sopranazionali*, in *Quest. giust.*, n. 4 del 2016.
- CONTI R., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011
- CONTI R., *Gli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno*, in *Dialogando sui diritti Corte di cassazione e Cedu a confronto*, (AA.VV.), Jovene, Napoli, 2016
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1993
- CURTI GIALDINO C., *La Costituzione europea. Genesi - Natura - Struttura - Contenuto*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2005
- DALCANTO F., *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2002
- D'AMICO G., *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015
- D'ANDREA L., *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in www.forumcostituzionale.it, 2009
- D'ANDREA L. - MOSCHELLA G. - RUGGERI A. - SAITTA A. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016
- DANI M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013
- DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010
- DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2016
- D'ATENA A., *Conclusioni. Interpretazioni adeguate, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni*

adeguatrici, intervento svolto al seminario tenuto il 6 novembre 2009 presso il Palazzo della Consulta sul tema *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, in www.cortecostituzionale.it

DE AMICIS G., *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 giugno 2013

DE FRANCESCO G., *Diritto penale mite? Una formula 'bella e infedele'*, in *Dir.pen. e proc.*, 2014

DELBONO L., *Il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge di fronte all'ossimoro della cristallizzazione del diritto vivente. L'epilogo dell'affaire Contrada*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2017

DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2001

DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010

DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006

DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011

DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir.pen.cont.riv.trim.*, n. 1 del 2013

DI STASI A., *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010- 2015)*, Cedam, Padova, 2016

DONATI F., *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *Lo stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto*, 2016

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004

DONINI M., *Il problema del metodo penalistico: da Arturo Rocco all'europeismo giudiziario*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011

DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011

DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Aa.Vv., *La fabbrica delle interpretazioni*, B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò (a cura di), Giuffrè, Milano, 2012

DONINI M., *Scienza penale e potere politico*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2015

DONINI M., *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2017

EPIDENDIO T.E., *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del Diritto Penale tra le Corti*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017

ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008

FARAGUNA P., *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015

FERRAJOLI L., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997

FERRAJOLI L., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, D. Zolo (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 1999

FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 Voll., Roma-Bari, Laterza, 2007

FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2008

FERRAJOLI L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018

FERRARI F.G., *Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in Ferrari G.F. (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, ESI, Napoli, 2006

FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2001

FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad.fior.* 2007

FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008

FIANDACA G., *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010

FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011

FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass.pen.*, 2017

IORE C. - IORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Utet, Torino, 2007

IORENTIN F., *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane (Note in attesa di un intervento riformatore in linea con la prospettiva delineata dalla Corte EDU con la sentenza Torreggiani e altri c. Italia)*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2013

GALDI M., *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, *Commento a Corte cost.*, 20 luglio 2016, n. 193, in *Osservatorio costit. dell'AIC*, n. 3, 2016

GAJA G., *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988

GAMBERINI A., *Riserva di legge*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di Insolera G. - Mazzacupa N. - Pavarini M. - Zanotti M., Giappichelli, Torino, 1997

GARAPON A., *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1996

GARGANI A., *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir.pen.proc.*, 2012

GENTILI A., *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in *Giust.civ.*, 2014

GOISIS F., *Sanzioni amministrative e diritto europeo*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni*, Giuffrè, Milano, 2016

GIOSTRA G., *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur.it.*, 2005

GIUNTA F. - MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003

GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano 2010

GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989

GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv.int.dir.uomo*, 1991

GREVI V., *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in atti del convegno *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena; in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Centro Studi giuridici Michele Del Prete, Giuffrè, Milano, 2002

GROPPI T., *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in Carlo P., Pitruzzella G., Tarchi G. (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997

GROSSO C.F., *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 1993

GUASTAFERRO B., *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 2013

GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004

GUAZZARROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003

IAPICHINO L., *La teoria dei controlimiti nel bilanciamento tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti*, in *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, a cura di P. Gargiulo e M.C. Vitucci, Ed. Scient., Napoli, 2009

INSOLERA G., (a cura di), *Nuovo revisionismo penale. Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna, 2005

INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012.

INSOLERA G., *Il sindacato di costituzionalità sull'obbligo di disapplicazione: verso un conflitto tra le Corti?*, in *Crit. del dir.*, 2016

LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'era repubblicana*, Laterza Editore, Roma-Bari, 2012

LAMARQUE E., *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, a cura di L. Cappuccio e E. Lamarque, Jovene, Napoli, 2013

LAMARQUE E. - CAPPUCCIO L., *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona, Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Jovene, Napoli, 2013

LEO G., *Concorso esterno nei reati associativi, Voce per il libro dell'anno Treccani*, Roma, 2017

LUCCIOLI G., *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Forum editrice, Udine, 2016

LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006

LUCIANI M., *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008

LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaic.it, 2012

MAGGIORANI M., *La sfida dell'Unione. Storia economia e culture dell'Europa unita*, Minerva Edizioni, Bologna, 2004

MAIELLO V., *Confisca, CEDU e diritti dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2012

MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2014

MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass.pen.*, n. 2, 2016

MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017

MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2012

- MANES V., *La svolta Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controllimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016
- MANNA A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 ottobre 2016
- MAMMARELLA G. - CACACE P., *Storia e politica dell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari 2003
- MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Dike, Roma, 2012
- MANNA A., *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2007
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2012
- MARTINICO G., *L'integrazione silente*, Jovene, Napoli, 2009
- MASIERO A.F., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, www.penalecontemporaneo.it, 7 agosto 2017
- MATTEI U. - PES L., *Civil law e Common Law: verso una convergenza?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008
- MAZZARESE T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002
- MAZZARESE T., *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in A. Donati, A. Sassi (eds.), *Fondamenti etici del processo. Vol. 1 di Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009
- MICHELETTI D., voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Patti S. (a cura di), vol. XI, Milano, 2007
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, Napoli, 1992
- MOLARI A., voce *Prescrizione del reato e della pena (Diritto penale)*, in *Noviss.dig.it.*, vol. XIII, Torino, 1966
- MONACO R., *La legittimità costituzionale dei regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1974
- MONTANARI L., *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura. Osservazione a Sent. 22 ottobre 1999, n. 388*, in *Giur.cost.*, 1999
- MORRONE A., *Una costituzione per l'Europa? Per uno Stato costituzionale europeo*, in www.federalismi.it, 4 dicembre 2014
- NEGRI D., *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in *Arch.pen.* n. 2, 2017
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006
- NUVOLONE P., *Depenalizzazione apparente e norme sostanziali*, in *Riv.dir.proc.pen.*, 1968
- OLIVI B., *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea 1948-2000*, Il Mulino, Bologna 2001
- ORLANDI M., *Il commercio internazionale e la sua regolamentazione: una storia dei trattati economici e commerciali*, Milanofiori Assago, 2016
- ORTEGA L. (ed.), *The Europeanization of public law and the European Constitution*, in *Studies on European Public Law*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2005
- QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968
- PACE A., *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007

PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014

PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960

PALAZZO F., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium juris*, 1996

PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, Relazione svolta all'Incontro di studio su "Riserva di legge e democrazia penale: ruolo della scienza penale", Bologna, 5 e 6 febbraio 2004, in *Cass. pen.*, 2005

PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un "principio fondamentale*, in *Quad. Fior.* 2007

PALAZZO F., *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Bernardi A. (a cura di), Jovene, Napoli, 2017

PANAGIA S., voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995

PANICO G., *La legittimità costituzionale della normativa comunitaria di effetto diretto: luci ed ombre della sentenza della C. Cost. n. 183 del 1973*, in *Riv.dir.eur.*, 1974

PANZERA C., *Il bello dell'essere diversi*, in www.forumcostituzionale.it, 2008

PATERNITI F., *La Corte di Giustizia apre "al sindacato diffuso di legittimità comunitaria"?*, in www.forumcostituzionale.it

PECORARO ALBANI A., *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967

PINARDI R., *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, IV, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009

PINELLI C., *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur.cost.*, 1999

PINELLI C., *Il difficile coordinamento tra le Corti nella tutela multilivello europea*, in Bronzini G., Piccone V., *La carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Chimienti editore, Taranto, 2007

PINTORE A., *Diritti insaziabili*, in *Diritti fondamentali*, L. Ferrajoli (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2008

PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea*, Milano, Giuffrè, 2004

PISA P., voce *Prescrizione - Diritto penale*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986

PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002

POLIMENI S., *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Esi, Napoli, 2018

PROVENZANO P., *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2017

PUGIOTTO A., *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza. Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario (nota a Corte cost., sent. n. 279/2013)*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014

PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2015

PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it - *Riv. trim.*, 2/ 2015

PULITANÒ D., *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo "creativo" del giudice*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017

RAFFIOTTA E., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello stato costituzionale in Europa*, Bologna, Bononia University Press, 2013

RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007

RANDAZZO A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in www.consultaonline.it, 2011

RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012

RANDAZZO R., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015

RINOLDI D., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel diritto dell'integrazione europea*, Jovene, Napoli, 2012

RIONDATO S., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia (influenza, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art.177 TCE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1997

ROMBOLI R., *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in www.rivistaaic.it, 6 maggio 2014

RUGGERI A., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. VIII Studi dell'anno 2004*, Giappichelli, Torino, 2005

RUGGERI A., *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in Costanzo P., Mezzetti L., Ruggeri A. (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006

RUGGERI A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in Staiano S., (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006

RUGGERI A., *Applicazioni e disapplicazioni dirette della Cedu (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in www.forumcostituzionale.it, 28 febbraio 2011

RUGGERI A., *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in www.diritticomparati.it, 2011

RUGGERI A., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1 marzo 2011

RUGGERI A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema?*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, Dispense di Diritto Costituzionale I*, Università degli Studi di Messina, 2011

RUGGERI A., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.federalismi.it, 20 maggio 2009

RUGGERI A., *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, Centro di documentazione europea - Università di Catania, 19 Maggio 2010

RUGGERI A., *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it, 2014

RUGGERI A., *L'interpretazione conforme e la ricerca del sistema dei sistemi come problema*, in www.rivistaaic.it, 30 maggio 2014

RUGGERI A., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2014

RUGGERI A., *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in *Itinerari, Studi dell'anno*, 2015

RUGGERI A., *Conflitto tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili seguiti della 238 del 2014*, in www.giuricost.org, 5 marzo 2015

RUGGERI A., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in www.consultaonline.it, 5 febbraio 2015

RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2015

RUGGERI A., *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in www.consultaonline.it, 17 dicembre 2015

RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015

RUGGERI A., *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 15 maggio 2015

RUGGERI A. - SAITTA A. (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015

RUGGERI A., *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2016

RUGGERI A., *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in www.federalismi.it, 1 giugno 2016

RUGGERI A., *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 2018

SALCUNID, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011

SALCUNID., *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, www.archiviopenale.it, n. 3, 2015

SALMONI F., *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali*, in Falzea P., Spadaro A., Ventura L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio - 1 giugno 2002*, Giappichelli, Torino, 2003

SAMMARCO G., *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2002

SARRA C., *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, in *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità*, Atti del I Convegno dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Bianchini M. e Gioia G. (a cura di), Padova, 2013

SCARANO L.A., *L'interpretazione conforme al diritto dell'U.E. nella giurisprudenza civile di legittimità*, in (a cura di Bernardi A.) *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico - Atti del convegno inaugurale del Dottorato di ricerca "Diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali"*, Napoli, 2015

SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2005

SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. del dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989

SORRENTINO F., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 1996

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, in Amato G. - Barbera A., (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997

SORRENTINO F., *E' veramente inammissibile il doppio rinvio*, in *Giur.cost.*, 2002

SORRENTINO F., *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur.cost.*, 2008

- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2015
- SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007
- SOTIS C., *Le regole dell'incoerenza*, Roma, 2012
- SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Itinerari di diritto penale dell'economia*, Padova University Press, Padova, 2018
- SPADARO A., *Una (sola) Corte per l'Europa*, in Falzea P. - Spadaro A. - Ventura L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003
- STAIANO S., *Diritti e confini nell'Europa nella crisi*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016
- STAIANO S., *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *federalismi.it*, 2018
- STROZZI G. - MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione Europea*, Parte Istituzionale, 6° ed., Giappichelli, Torino, 2013
- STROZZI G., *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir.Un.Eur.*, 2011
- TESAURO G., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv.intern.dir.uomo*, 1992
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010
- TIZZANO A., *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino 2014
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012
- VALENTINI V., *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2014
- VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942
- VASSALLI G., voce *Potestà punitiva*, in *Enc.del dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985
- VERDE G., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Esi, Napoli, 2012
- VIGANÒ F., *Sulla nuova legittima difesa*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2006
- VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007
- VIGANÒ F., *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di antigiuridicità del fatto tipico*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2009
- VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2013
- VIGANÒ F., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Dir.pen.cont.-Riv.Trim.*, 2014
- VIGANÒ F., *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "contro limiti"*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015
- VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2016
- VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 aprile 2016
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni e L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Esi, Napoli, 2016
- VIOLA F., *Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008

VIOLA F., *Il rule of law. Il governo della legge ieri e oggi*, Giappichelli, Torino, 2011

VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003

VITALE E., *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica?*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali cit.*, pag.....

VOGLIOTTI M., *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008

ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1984

ZAGREBELSKY V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro It.*, 2006

ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it, 13 maggio 2015

ZAGREBELSKY V. - CHENAL R. - TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016

ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924

ZICCHITTU P., *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quad.cost.*, 1, 2013

RASSEGNA DELLE PRINCIPALI FONTI GIURISPRUDENZIALI CITATE

CORTE GUE Sent. 5 febbraio 1963, causa C 26/62, VanGend & Loos, in www.dizie.eu.

CORTE GUE Sent. 19 giugno 1990, causa C 213/89, Factortame, in www.dizie.eu.

CORTE GUE, Grande sezione, Causa C-105/14, Sentenza 8 settembre 2015, in www.giurisprudenzapenale.com

CORTE GUE, Grande sezione, Causa C-42/17, Sentenza 5 dicembre 2017, in www.giurisprudenzapenale.com

CORTE GUE Sent. 15 luglio 1964, C-6/64, Costa c. Enel, in www.dizie.eu

CORTE GUE Sent. 4 ottobre 1991, C-159/09, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, in www.dizie.eu

CORTE GUE Sent. 29 maggio 1998, C-299/05, Kremzow, in www.dizie.eu

CORTE GUE, Sent. 26 giugno 2007, C-305/05, Ordini avvocati c/ Consiglio, in www.dizie.eu

CORTE EDU, Sent. 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, 36

CORTE EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*

CORTE EDU, Sent. 30 ottobre 2013, ricorso n. 17475/2009, *Varvara c. Italia*

CORTE EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2009

CORTE EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2013

CORTE COST., Sent. n. 98 del 27 dicembre 1965, in www.cortecostituzionale.it

CORTE COST., Sent. n. 168 del 18 luglio 1971, n. 168, in *Giur. cost.*, 1971

CORTE COST., Sent. n. 183 del 4 aprile 1973, in www.cortecostituzionale.it

CORTE COST. Sent. n. 188 del 22 dicembre 1980, in www.cortecostituzionale.it

CORTE COST. Sent. n. 170 del 5 giugno 1984, in www.cortecostituzionale.it

CORTE COST. Sent. n. 168 del 18 aprile 1991, in www.cortecostituzionale.it

CORTE COST. Sent. n. 10 del 10 gennaio 1993, in *Foro it.*, 1993

CORTE COST., Sent. n. 212 del 3 luglio 1997, in www.cortecostituzionale.it

CORTE COST. Sent. n. 388 del 22 ottobre 1999, in *Giur.cost.*, 1999
 CORTE COST. Sent. n. 413 del 23 dicembre 2004, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST. Sent. n. 349 del 24 ottobre 2007, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST. Sent. n. 102 del 15 aprile 2008, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST. Ord. n. 103 del 15 aprile 2008, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST., Sent. n. 266 del 23 ottobre 2009, in *Giur.cost.*, 2009
 CORTE COST. Sent. n. 311 del 26 novembre 2009, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST. Sent. n. 317 del 4 dicembre 2009, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST. Sent. n. 216 del 17 giugno 2010, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST. Sent. n. 80 dell'11 marzo 2011, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST. Sent. n. 230 del 12 ottobre 2012, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST. Sent. n. 238 del 22 ottobre 2014, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST. Sent. n. 49 del 14 gennaio 2015, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST., Ord. n. 24 del 23 novembre 2017, in www.cortecostituzionale.it
 CORTE COST., Sent. n. 115 del 10 aprile 2018, in www.cortecostituzionale.it

 BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Sent. 1 BvR 409/09 del 22 febbraio 2011, in www.adir.ifi.it

 CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, in www.giustiziaamministrativa.it.
 CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207

 CASS. SS.UU., Sent. n. 16 del 5 ottobre 1994, Demitry, in www.cassazione.it
 CASS. SEZ. UN., 26 febbraio 2003, n. 25079, in *Riv.pen.*, 2004
 CASS., Sez. III, Sent. n. 30139 del 15 giugno 2017, in www.cassazione.it
 CASS., Sez. I civile, Sent. n. 10542 del 19 luglio 2002, in www.cassazione.it

 TRIB. di Genova, 4 giugno 2001
 TRIB. civile di Ravenna, sezione lavoro, 12 dicembre 2007
 TRIB. di Sorveglianza di Venezia Ordinanza n. 179 del 13 febbraio 2013, in www.tribunaledisorveglianzavenezias.it
 TAR del Trentino Alto Adige, Sezione di Trento, Sent. n. 171 del 2008
 COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE di Milano, sez. V, 19 settembre 2000
 Tribunale di Genova, 4 giugno 2001